



La procédure en droit international privé : recherche en droit de l'Union européenne

Audrey Damiens

► To cite this version:

Audrey Damiens. La procédure en droit international privé : recherche en droit de l'Union européenne. Droit. Université d'Orléans, 2015. Français. NNT : 2015ORLE0001 . tel-01287961

HAL Id: tel-01287961

<https://theses.hal.science/tel-01287961>

Submitted on 14 Mar 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

CENTRE DE RECHERCHE JURIDIQUE POTHIER

THÈSE présentée par :
Audrey DAMIENS

soutenue le : **29 juin 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**
Discipline/ Spécialité : Droit privé

**La procédure en droit international privé
(Recherche en droit de l'Union européenne)**

JURY :

Monsieur Tristan AZZI, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
(*Rapporteur*)

Madame Olivera BOSKOVIC, Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)
(*Directrice de thèse*)

Monsieur Bernard HAFTEL, Professeur à l'Université d'Orléans

Madame Marie-Laure NIBOYET, Professeur à l'Université Paris Ouest – Nanterre
La Défense (Paris X) (*Présidente du jury*)

Monsieur Étienne PATAUT, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
(*Rapporteur*)

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce document. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

À ma mère, Lysiane Damiens

— Remerciements —

Toute ma gratitude à Madame le Professeur Olivera BOSKOVIC. Vous m’avez ouvert les portes de la thèse, et m’avez accompagnée tout au long du chemin. Je vous en suis sincèrement reconnaissante.

Madame et Messieurs les Professeurs Marie-Laure NIBOYET, Tristan AZZI, Bernard HAFTEL, et Étienne PATAUT, votre présence dans mon jury m’honore. Je vous remercie d’avoir accepté cette place.

Mes remerciements vont évidemment à ma famille – proche, lointaine, de droit ou de cœur – pour m’avoir soutenue dans ce long voyage qu’est la thèse. Un clin d’œil particulier à Léo : tes nombreux sourires à mon égard ont illuminé mes derniers mois de rédaction.

Je tiens également à exprimer ma gratitude à mes Amis, ceux avec un A majuscule, ceux qui se comptent sur les doigts d’une main, et qui, j’ose espérer, se reconnaîtront. Vous avez permis à cette thèse d’aboutir, et d’être ce qu’elle est. Certains y ont contribué directement par des relectures, des discussions, des références échangées, ou même des photocopies. Tous vous y avez contribué par votre simple présence à mes côtés. Merci pour ces moments partagés, passés ou futurs.

Enfin, ma reconnaissance va à tous ceux qui m’ont, de près ou de loin, accompagnée ponctuellement ou sur un plus long chemin au cours de ces années doctorales.

J’ai trouvé dans celles-ci bien plus que ce que je cherchais.

— Liste des abréviations —

- A -

AFDI : Annuaire français de droit international
AJDA : Actualité juridique droit administratif
Art. : Article
Ass. Plén. : Assemblée Plénière de la Cour de cassation

- B -

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

- C -

CA : Cour d'appel
Cass. 1^{ère} civ. : Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2^{ème} civ. : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3^{ème} civ. : Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
CC : Conseil constitutionnel
CDE : Cahiers de droit européen
CEDH : Cour européenne des Droits de l'Homme
Cf. : Confer
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CJQ : Civil justice quarterly
CNRS : Centre national de la recherche scientifique
Coll. : Avec la collaboration de
CPC : Code de procédure civile
CPJI : Cour permanente de justice internationale

- D -

D. : Recueil Dalloz
Dir. : Sous la direction de
DPCI : Droit et pratique du commerce international

- E -

Éd. : édition
ELR : European law review
ERPL : European review of private law

- F -

Fasc. : fascicule

- G -

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

GAJFDIP : grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé

Gaz. Pal. : Gazette du palais

GEDIP : Groupement européen de droit international privé

- I -

Ibid. : ibidem – au même endroit

IRJS : Institut de recherche juridique de la Sorbonne

- J -

J-CI Contrats-Distribution : JurisClasseur de Droit des contrats et de la distribution

J-CI Droit International : JurisClasseur de Droit International

JCP E : La semaine Juridique Édition Entreprise et Affaires

JCP G : La semaine Juridique Édition Générale

JCP S : La semaine juridique Édition Droit social

JDI : Journal de droit international (Clunet)

JEX : Juge de l'exécution

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes

JORF : Journal officiel de la République française

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

- L -

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Loc. cit. : loco citato – à l'endroit cité

- N -

N^{o(s)} : numéro(s)

- O -

Obs. : observations

Op. cit. : opere citato – dans l'ouvrage cité

- P -

P(p). : page(s)

PA : Petites affiches

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PULIM : Presses universitaires de Limoges

PUR : Presses universitaires de Rennes

PUF : Presses universitaires de France

- R -

RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RCDIP : Revue critique de droit international privé
RDAI : Revue de droit des Affaires internationales
RDUE : Revue du Droit de l'Union Européenne
Rec. : Recueil
REDC : Revue européenne de droit de la consommation
Rép. Communautaire Dalloz : répertoire de Droit communautaire Dalloz
Rép. Internat. Dalloz : Répertoire de Droit International Dalloz
Rev. Arb. : Revue de l'arbitrage
Rev. dr. unif. : Revue de droit uniforme
RFAP : Revue française d'administration publique
RGDIP : Revue générale de Droit international public
RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
RJC : Revue de jurisprudence commerciale
RJT : Revue juridique Thémis
RTDCiv. : Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD Com. : Revue Trimestrielle de Droit Commercial
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
R.R.J. : Revue de recherche juridique – Droit prospectif

- S -

Sic : tel quel
Somm. : Sommaire
Spéc. : Spécialement

- T -

TC : Tribunal des conflits
TCE : Traité instituant la Communauté européenne
TCFDIP : Travaux du Comité français de Droit international privé
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI : Tribunal de grande instance
TUE : Traité sur l'Union européenne

- U -

UCLA Law review : University of California, Los Angeles Law review
UE : Union européenne
UIHJ : Union internationale des huissiers de justice

- V -

V^o : verbo – au mot

- Y -

YPIL : Yearbook of Private International Law

— Sommaire —

**PREMIERE PARTIE : LE TRAITEMENT CONFLICTUEL DE LA PROCÉDURE EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN**

TITRE 1 : L'insuffisance de la formulation d'une règle de conflit par l'Union européenne

Chapitre 1 – L'existence d'un consensus européen : l'exposé de la règle *lex fori regit procesum*

Chapitre 2 – La justification du consensus européen : les fondements de la règle *lex fori regit procesum*

TITRE 2 : L'insuffisance de l'encadrement de la règle de conflit par l'Union européenne

Chapitre 1 – La résolution européenne de difficultés relatives à la mise en œuvre du principe *lex fori regit procesum*

Chapitre 2 – La persistance européenne de difficultés relatives à la mise en œuvre du principe *lex fori regit procesum*

**SECONDE PARTIE : LE TRAITEMENT MATÉRIEL DE LA PROCÉDURE EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN**

TITRE 1 : La vocation de l'Union européenne à régir matériellement la procédure en droit international privé

Chapitre 1 – La légalité de l'action de l'Union européenne

Chapitre 2 – La légitimité de l'action de l'Union européenne

TITRE 2 : Les règles de l'Union européenne pour régir matériellement la procédure en droit international privé

Chapitre 1 – Le droit positif : les règles procédurales matérielles déjà adoptées

Chapitre 2 – Le droit prospectif : les règles procédurales matérielles à adopter

Introduction générale

— Introduction générale —

« L'humanité est constamment aux prises avec deux processus contradictoires dont l'un tend à instaurer l'unification, tandis que l'autre vise à maintenir ou à rétablir la diversification. La position de chaque époque ou de chaque culture dans le système, l'orientation selon laquelle elle s'y trouve engagée sont telles qu'un seul des deux processus lui paraît avoir un sens, l'autre semblant être la négation du premier »¹.

1. Importance de la procédure. La portée du droit procédural est indéniable. Son importance revêt un aspect quantitatif, d'une part. L'accroissement du contentieux civil au cours des dernières décennies n'est plus à démontrer². Elle est qualitative, d'autre part. La procédure va bien au-delà des simples formalités à accomplir. Certes, elle souffre auprès du justiciable d'une réputation négative principalement du fait de son formalisme jugé excessif³. Mais, elle est *« la manière de demander et de rendre justice, de donner au litige sa solution*

* Afin de mettre en évidence les citations, le choix a été fait d'insérer celles-ci en italique. Lorsque l'auteur de l'extrait a lui-même souhaité souligner son propos par une telle typographie, notre volonté de conserver à l'identique ces écrits nous a conduite à ôter l'italique pour ces passages.

¹ Claude Lévi-Strauss, *Race et Histoire*, Folio essais, 1952, Réédition 1987, p.84

² HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n°3, p.17. On peut même parler d'une « explosion des contentieux » depuis les années 1970 (CHAUVAUD [F.], PETIT [J.-G.], et YVOREL [J.-J.], *Histoire de la Justice de la Révolution à nos jours*, PUR, 2007, p.180). Sur l'augmentation du contentieux civil en France, et ses raisons, voir CADIET (L.), « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité », in *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, Tome 45, Dalloz, 2001, p.89, spéc. pp.91 et s.

³ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, n°2, p.1 : « La procédure civile [...] est un peu l'enfant terrible de la famille juridique, en tout cas celui qui n'a pas toujours bonne réputation : discipline aride et complexe, elle serait l'apanage des plaideurs mesquins, de ceux dont on dit qu'ils utilisent précisément toutes les armes de la procédure, parce que leur cause est mal engagée au fond. » ; CANIVET (G.), « De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, sous la direction de J. FOYER et C. PUIGELIER, Economica, 2006, p.XXIII, spéc. p.XXIV : « Pourtant, réduite à a dimension formelle, identifiée à la règle de pure forme, elle évoque l'esprit de chicane des "procéduriers" jadis dénoncés, tant il est vrai que la procédure, pratiquée par seul amour d'elle-même, a toujours été considérée comme une perversion, désormais nommée "névrose processive". Par son formalisme même, elle évoque encore la ruse, les manœuvres dilatoires propres à permettre un gain de temps, à engager une bataille stérile et finalement à l'emporter sur l'adversaire à l'usure », la citation de l'auteur est tirée de BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, n°2, p.253, « Pourtant, la procédure pratiquée par seul amour de la procédure a toujours été considérée comme une perversion, qu'appuie désormais la qualification psychiatrique de névrose processive. On pourrait y songer si l'on a de la procédure la représentation d'une matière sèche et rebutante, une énumération de normes qui s'imposent sans que leur raison d'être soit toujours évidente. Elle n'a d'ailleurs pas une bonne image dans l'opinion publique qui la perçoit souvent comme l'ennemie de ce qui serait la "vraie" justice. Insensible au noble processualiste, on ne retient que le Chicaneau de Racine ».

juridique »⁴. Elle est le moyen par lequel la Justice peut-être rendue lorsque les droits ne se réalisent pas spontanément⁵. Elle est la voie utilisée par le juge pour se prononcer sur le fond, « *la procédure conditionne la saisie du droit au fond, la perception et la délimitation du droit matériel comme la lumière conditionne la perception des couleurs* »⁶. Tel est le cas pour le procès interne. Cela est tout aussi vrai pour le procès international. Pourtant, force est de constater qu'en dépit de son importance, la question de la procédure en droit international privé est actuellement très peu étudiée en France alors même qu'elle a toujours fait l'objet de publications à l'étranger⁷. En dehors de quelques études anciennes, la doctrine française lui a essentiellement consacré quelques monographies, souvent limitées à un seul de ses aspects⁸.

⁴ ALLAND (D.) et RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{ère} éd., 2003, V^o procédure, spéc. p.1217

⁵ *Ibid.*

⁶ *Le droit d'être entendu*, Rapport présenté par Jean DARBELLAY, 1964, spéc. p.427. Cité par STORME (Matthias), « Harmonisation of civil procedure and the interaction with substantive private law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.141, spéc. p.155.

⁷ Voir, par exemple, AILES (E. H.), « Substance and Procedure in the conflict of laws », 39 *Michigan Law Review*, (1941), p.392 ; CARRUTHERS (J. M.), « Substance and procedure in the conflict of laws : a continuing debate in relation to damages », 53 *International and Comparative Law Quarterly*, (2004), p.691 ; COOK (W. W.), « "Substance" and "procedure" in the conflict of laws », 42 *Yale Law Journal*, (1933), p.333 ; GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012 ; HENDRICKS (J. S.), « In defense of the substance-procedure dichotomy », *Washington University Law Review*, Volume 89, 2011, p.103 ; ILLMER (M.), « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237 ; JACOBS (J. B.), « The Vanishing substance-procedure distinction in contemporary corporate litigation: an essay », 41 *Suffolk University Law Review*, (2007-2008), p.1 ; PANAGOPOULOS (G.), « Substance and procedure in private international law », 1 *Journal of Private International Law*, (2005), p.69 ; RADHAKRISHNAN (A.), « Substance and procedure in Private International Law », 4 *Singapore Law Review*, (1983), p.131 ; RISINGER (M.), « "Substance" and "procedure" revisited [with some afterthoughts on the constitutional problems of "irrebuttable presumptions"] », 30 *UCLA Law Review*, (1983), p.189 ; ROTEM (Y.), « Substance versus procedure in the conflict of laws : Israël as a case study », *Journal of transnational law and policy*, 2012-2013, Volume 22, p.1 ; SCHOEMAN (E.), « Rome II and the substance-procedure dichotomy : crossing the Rubicon », *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, 2010, p.81 ; SPIRO (E.), « *Forum regit processum* (Procedure is governed by the *lex fori*) », 18 *International and Comparative Law Quarterly*, (1969), p.949 ; SUSSAROVA (A.), « La portée du principe "*forum regit procesum*" dans la pratique judiciaire belge », *Revue de droit commercial belge*, 2012, p.156 ; SZASZY (S.), « The basic connecting factor in international cases in the domain of civil procedure », 15 *International and Comparative Law Quarterly*, (1966), p.436.

⁸ BOLARD (G.), *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, Thèse Dijon, 1968 ; BOLZE (A.), *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, Thèse Paris II, 1996 ; DE BERARD (F.), *Le devoir de loyauté dans le contentieux privé international*, Thèse Paris X, 2009 ; FOUSSARD (D.), « La loi étrangère dans le domaine de la procédure », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.347 ; HABU GROUD (T.), *La preuve en droit international privé*, Préface d'I. Fadlallah, PUAM, 2000 ; HALLIER (C.), *La connexité en droit international privé*, Thèse Nice, 2003 ; HUET (A.), *Les conflits de lois en matière de preuve*, Préface de R. Perrot, LGDJ, 1965 ; FONGARO (E.), *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Préface de B. Beignier et J. Foyer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 423, 2004 ; MELIN (F.), *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Préface de P. de Vareilles-Sommières, PUAM, 2002 ; NIBOYET (M.-L.), « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.363 ; NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit*

Sans doute est-ce dû à l'apparente évidence de la soumission de la procédure à la loi du juge saisi. En effet, la problématique de la procédure en droit international privé semble, en France, se résumer à cette simple règle, érigée en véritable principe. Pourtant, des voix s'élèvent pour lutter contre ce « *dogme* »⁹ qui, en effet, à l'examen, ne permet pas de résoudre toutes les difficultés pouvant survenir. Tout d'abord, la délimitation même de la catégorie « procédure » pose problème tant en droit international privé français qu'en droit comparé. À titre d'illustration, il est possible d'évoquer la question des intérêts moratoires. Sont-ils liés à la procédure ou à l'obligation, ou plus précisément l'inexécution de l'obligation ? Partant, doivent-ils être soumis à la *lex fori* ou à la *lex causae* ? C'est finalement l'absence de consensus, tant doctrinal que jurisprudentiel, relatif à son fondement et au critère de délimitation de la catégorie¹⁰ qui apparaît ici comme le nœud du problème. Ensuite, certaines règles de procédure, dont la qualification n'est pas douteuse, ont une indéniable influence sur le fond du litige. L'accord procédural en est un exemple. Les divergences sur son admission et son étendue peuvent engendrer des difficultés. On pourrait craindre que, sous couvert de la procédure, les justiciables puissent contourner l'interdiction de recourir à la loi d'autonomie, comme cela peut être le cas en matière de propriété intellectuelle dans le règlement Rome II. Enfin, dans le prolongement, à l'échelle européenne, il apparaît que l'unification recherchée pour le fond pourrait être mise à mal par des questions procédurales. Ainsi, l'Union européenne a harmonisé les règles de conflit de lois de nombreuses matières sans se prononcer sur la question, procédurale, de l'office du juge dans le traitement de ce conflit de lois. Or, compte tenu des nombreuses divergences entre les droits internes des États membres, il est possible de s'interroger sur la nécessité – et la possibilité – d'apporter une réponse européenne à la question. De même, alors qu'une compétence fondée sur le lieu où le dommage « *risque de se produire* » en matière civile et commerciale a été édictée, rien n'est dit sur le problème de la recevabilité, du point de vue procédural, d'une action préventive. Mais on comprend qu'envisager ces questions serait se confronter, notamment, au principe de l'autonomie procédurale. En effet, ce principe, bien qu'il soit sujet à un certain nombre de contestations, implique, à l'image de la règle *lex fori regit procesum*, le renvoi aux règles procédurales nationales pour la mise en œuvre des droits accordés par la législation

privé, Préface de B. Goldman, Économica, 1986 ; USUNIER (L.), *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préface de H. Muir Watt, Économica, 2008.

⁹ NIBOYET (M.-L.), « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.363

¹⁰ Voir, par exemple, le célèbre test de Cook, COOK (W. W.), « "Substance" and "procedure" in the conflict of laws », 42 *Yale Law Journal*, (1933), p.333

européenne. La possibilité pour l'Union d'agir serait dès lors compromise. Ces quelques exemples, dont la liste pourrait aisément être complétée, démontrent que la procédure en droit international privé mérite l'examen. Toutefois, il est vrai que l'objet est d'ampleur, et il se doit d'être quelque peu circonscrit. Or, la recherche d'une définition de la procédure met en évidence sa grande polysémie.

2. Polysémie du terme procédure. La polysémie du terme procédure implique de s'entendre sur la définition que nous retenons afin d'opérer une première approche du cadre de notre étude. Du latin *procedere* signifiant « aller en avant, s'avancer »¹¹, la procédure se définit, dans son sens courant, comme « *l'ensemble des formalités à remplir, des règles à appliquer, des opérations à effectuer pour accomplir une tâche donnée* »¹². Du point de vue juridique, la procédure trouve à désigner nombre d'hypothèses. Elle est « toute “*manière de procéder juridiquement*”, c'est-à-dire de parvenir à un résultat juridique, loi, décision administrative ou acte juridique »¹³. On la retrouve dans des expressions telles que « procédure législative », « procédure administrative », ou encore « procédure contractuelle »¹⁴. Mais c'est dans sa seule dimension juridictionnelle que la procédure nous intéresse ici. Il est alors possible de recenser pas moins de trois acceptions. Elle peut successivement être envisagée comme une matière, comme un processus engagé, ou comme l'ensemble des règles d'avancement du procès.

Tout d'abord, la première signification qu'il est possible de retenir définit la procédure comme la « *branche de la science du droit ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction du procès et d'exécution des décisions de justice* »¹⁵. C'est l'acception qui est qualifiée comme étant la plus large du terme de procédure, car elle embrasse le plus d'éléments. Selon cette définition, procédure, compétence, organisation judiciaire, et voies d'exécution ne sont pas dissociées. La première englobe les dernières. Il s'agit en fait d'une métonymie : la procédure, élément du droit judiciaire privé, est utilisée pour désigner le tout¹⁶. Une confusion est alors possible avec l'approche plus restreinte, et originairement plus exacte, de la notion qui sera étudiée et

¹¹ ALLAND (D.) et RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{ère} éd., 2003, V^o procédure, spéc. p.1216

¹² V^o Procédure, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>

¹³ ALLAND (D.) et RIALS (S.) (Dir.), *op. cit.*, V^o procédure, spéc. p.1217

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ V^o Procédure, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.809

¹⁶ V^o Procédure, *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*

retenue ensuite. Aussi, afin de prévenir ce risque, des auteurs ont proposé d'autres expressions. Ils adoptent aujourd'hui la notion de « *droit judiciaire privé* »¹⁷ ou, plus sporadiquement, de « *droit judiciaire civil* »¹⁸ en lieu et place de celle de « *procédure civile au sens large* »¹⁹. L'expression de droit judiciaire privé regrouperait donc, selon certains auteurs, l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure au sens strict du terme. Certains y ajoutent même les voies d'exécution aujourd'hui appelées procédures civiles d'exécution²⁰.

Ensuite, la deuxième acception est celle qu'il est possible de retrouver dans les expressions « conflit de procédures » ou « engager une procédure ». Selon cette définition, la procédure est « *l'enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise de décision* »²¹. Il s'agit alors des procédures entendues comme processus réellement engagé. En effet, il ne peut y avoir de conflit de procédures si, en application des règles objectives de procédure (au sens large ou strict du terme), des processus réels n'ont pas été engagés. En droit anglais, ce deuxième sens est traduit par le terme particulier de *proceedings* afin de le différencier de la procédure (au sens des règles) traduite par le terme *procedure*²².

Enfin, selon la dernière signification, celle retenue pour cette étude, la procédure peut se définir comme « *l'ensemble des règles gouvernant un type de procès* »²³. Plus précisément, il s'agit de « *l'ensemble des règles et principes gouvernant l'enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise de décision* »²⁴. Cette acception serait, selon le *Dictionnaire de l'Académie française*, le sens premier du terme²⁵. Il s'agit de la définition

¹⁷ L'expression a pour la première fois été utilisée par Henri Solus. Voir CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n°13, p.8, spéc. note 51.

¹⁸ L'expression a été suggérée par René Morel, mais désignerait aujourd'hui plutôt une branche particulière du droit processuel. *Ibid.*

¹⁹ Dans un souci de clarté, c'est l'expression « droit judiciaire privé » qui sera adoptée dans la suite de cette étude lorsqu'il s'agira d'évoquer la procédure civile au sens large du terme.

²⁰ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op.cit.*, n°13, pp. 8-9. Plusieurs divisions peuvent être envisagées, cf. HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *op. cit.*, n°2, pp.16-17. qui découpe le droit judiciaire privé entre l'organisation judiciaire, le droit du procès (comportant procédure au sens strict, compétence...) et les voies d'exécution ; CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996 qui distinguent, dans le droit judiciaire privé, la théorie de l'action, celle de la justice et celle du litige ; ou encore GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *op. cit.*, n°14, p.14 selon lesquels le droit judiciaire privé engloberait les institutions judiciaires, la procédure civile proprement dite (englobant la théorie de l'action, celle de la juridiction et celle de l'instance) et les voies d'exécution ; BEIGNIER (B.), BLERY (C.) et THOMAT-RAYNAUD (A.-L.) (Coll.), *Introduction au droit*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, n°79, p.94 qui estiment que le droit judiciaire privé comprend les juridictions, la procédure et les voies d'exécution.

²¹ CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p.1053, V° Procédure par J. Normand

²² *Dictionnaire juridique – Law Dictionary*, Dalloz et Harrap's, 2004, p.111

²³ V° Procédure, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, *loc. cit.*

²⁴ CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire...*, *loc. cit.*

²⁵ V° procédure, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>

usuelle – rappelée précédemment – appliquée à la matière juridictionnelle. C’est cette définition de la procédure qui est parfois évoquée comme étant la procédure « au sens strict » ou « *proprement dite* »²⁶. Cela permet de la différencier de la procédure au « sens général » qu’il a été convenu d’appeler « droit judiciaire privé ». Pothier présentait dans son *Traité de procédure civile et criminelle*²⁷ une définition très proche²⁸. Selon celle-ci, exposée dans son article préliminaire, « *la procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter* »²⁹. En adoptant cette dernière définition de la procédure, il serait donc possible de différencier organisation judiciaire, compétence, voies d’exécution et procédure.

3. Délimitation de l’objet de l’étude. Ainsi, certaines questions se trouvent naturellement exclues du champ de notre étude. Particulièrement, les règles de conflit de juridictions permettant de déterminer la juridiction compétente dans l’ordre international ne seront pas examinées. De la même façon, nous ne nous attarderons pas sur les règles permettant d’exécuter une décision de justice. Outre les voies d’exécution, ce sont les modalités de reconnaissance et d’exécution des décisions étrangères qui ne seront pas étudiées en tant que telles. Par suite, les difficultés procédurales qui peuvent surgir à cette occasion³⁰, aussi intéressantes soient-elles, ne feront pas l’objet de développements particuliers. Elles sont en effet trop intimement liées à cette question exclue de notre propos. Nous nous concentrerons donc sur les règles qui régissent le procès : de la saisine du juge à la décision finale. Il ne s’agira cependant pas de se limiter aux questions de l’instance. Certes, cette dernière peut se définir de façon assez similaire puisqu’il s’agit de la « *période qui va ordinairement de la saisine du juge au jugement* »³¹. Elle entre pleinement dans ce qui relève de la procédure civile au sens strict. Toutefois, celle-ci ne saurait se contenter de régir le déroulement de l’instance. Elle implique également de s’interroger sur le droit d’agir qui se matérialise par l’action en justice³².

²⁶ CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996, p.3

²⁷ POTHIER (R. J.), *Traité de procédure civile et criminelle*, SIFFREIN, Réédition, 1821

²⁸ Pothier intégrait l’exécution des décisions de justice à la procédure, ce que nous convenons de distinguer.

²⁹ *Ibid.*, p.1

³⁰ Par exemple, le règlement Bruxelles I bis, en créant une action en refus d’exécution *a posteriori*, soulève la question de l’effet suspensif ou non de cette action sur l’exécution. En l’absence de règle harmonisée, c’est la loi du for, en tant que loi de procédure (effets procéduraux d’une action) qui semble s’appliquer. Une règle matérielle harmonisée pourrait, peut-être être la bienvenue.

³¹ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op.cit.*, n°490, p.367.

³² En outre, l’action en justice ne saurait concerner, selon la définition du droit judiciaire privé retenue, ni l’organisation judiciaire, ni la compétence, ni l’exécution.

Néanmoins, ce cadre ne constitue qu'une première limite qui ne saurait être suffisante. Car même à se restreindre à la procédure civile proprement dite, l'entreprise resterait trop vaste, et « *qui ne sait se borner ne sut jamais écrire* »³³. L'objet doit donc encore être réduit. Par suite, le « *droit spécial du procès civil* »³⁴ sera, de façon générale, largement exclu de notre étude³⁵. Aussi, en ce qu'elles ont de particulier, et parce qu'elles ont déjà été au cœur d'études spéciales en droit international privé³⁶, les procédures d'urgence – tant provisoires que conservatoires – ne seront pas analysées. Au demeurant, les difficultés rencontrées à propos de ces procédures spéciales semblent plutôt ressortir de la détermination de la compétence juridictionnelle³⁷, ce que nous avons auparavant exclu. Au surplus, les seules mesures conservatoires sont traditionnellement considérées comme ressortissant aux voies d'exécution³⁸. Or, là encore, ces questions ont préalablement été écartées de notre champ d'études. De la même façon, la matière gracieuse qui atteint « *les limites du particularisme* » dans la mesure où « *ce n'est plus seulement un élément de la procédure contentieuse qui fait défaut, mais le caractère contentieux de la procédure lui-même* »³⁹ ne sera pas étudiée. En tout état de cause, si les règles particulières relatives à cette matière ne feront pas l'objet de réflexion propre, les idées générales que nous pourrions proposer – particulièrement dans le cadre de la méthode conflictuelle – trouveront pleinement à s'y appliquer⁴⁰.

Par ailleurs, les procédures collectives seront écartées de notre propos. Deux raisons nous semblent justifier cette exclusion. D'une part, l'objet des procédures collectives est

³³ BOILEAU (N.), « Tout doit tendre au bon sens... », in *L'art poétique*, Chant I

³⁴ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, n°2043, p.1323

³⁵ Certains éléments spéciaux de procédure, spécifiques à certaines matières, pourront ponctuellement être évoqués. Mais ce sera plutôt pour affiner, et circonscrire la réflexion autour de la procédure civile en général. Voir, par exemple, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §3.

³⁶ Voir, par exemple, LACASSAGNE (S.), *Le contentieux provisoire international*, Thèse Paris 10, 2003 ; NIOCHE (M.), *La décision provisoire en droit international privé européen*, Bruylant, 2012 ; CUNIBERTI (G.), *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 341, 2000.

En droit comparé, voir CHAINAIS (C.), *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Préface S. Guinchard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 61, 2007.

³⁷ En ce sens, voir PATAUT (E.), « Procédure civile et commerciale », Rép. Internat. Dalloz, 2^{ème} éd., 2001 (juin 2010), spéc. n°27, et les nombreuses références citées, notamment MARMISSE (A.) et WILDERSPIN (M.), « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *RCDIP*, 1999, p.669.

³⁸ MUIR WATT (H.), « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la *Court of Appeal*, *Crédit Suisse fides Trust v. Cuoghi*) », *RCDIP*, 1998, p.27. Voir, par exemple, GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) (Dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 8^{ème} éd., 2015/2016, n°600 et s., pp. 517 et s.

³⁹ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op.cit.*, n°660, p.522.

⁴⁰ En effet, « *les règles applicables aux instances relevant de la matière gracieuse empruntent pour une large part aux dispositions régissant la procédure contentieuse au principal* » (HÉRON [J.] et LE BARS [T.], *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n°556, p.455).

extrêmement spécifique. En droit interne, c'est une matière totalement distincte de la procédure civile, ou du droit judiciaire privé. En droit international privé, les développements y afférents sont clairement indépendants des développements relatifs à la procédure⁴¹. Plus encore, il n'y est aucunement fait référence dans ces derniers. D'autre part, les problématiques soulevées à ce propos en droit international privé sont, elles aussi, très caractéristiques de la matière. Il ne s'agit pas, comme pour le divorce, de s'interroger sur la répartition entre un droit commun de la procédure et un droit spécial de la procédure⁴² dans la mesure où la *lex concursus* est la *lex fori*⁴³. Les questions qui ressortissent ont trait à la délimitation du domaine de la *lex concursus*, en tant que loi de la procédure collective. Cela rejoint une partie de notre problématique, mais les domaines d'interrogations des procédures collectives ne peuvent être étendus à d'autres matières. L'Union européenne a eu l'occasion d'harmoniser les procédures d'insolvabilité transnationales⁴⁴. Outre les règles de compétence, le règlement pose peu de règles de procédure au sens commun du terme⁴⁵. Il soulève quelques questions procédurales, mais là encore très propres à la matière⁴⁶. Peut-être ces difficultés pourront-elles trouver des réponses dans notre propos, mais celui-ci se veut plus général. Il n'est pas question d'envisager des questionnements propres à une matière particulière si ce n'est pour préciser le domaine d'intervention de la *lex fori*.

Pour résumer, notre étude portera sur les règles relatives à l'action en justice et à l'instance – la procédure au sens strict – dans les procédures contentieuses permettant d'obtenir un règlement définitif du différend. Ces règles seront analysées dans le cadre plus particulier du droit international privé.

⁴¹ Voir par exemple, MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n^{os} 691 et s., pp. 489 et s. ; BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome II – Partie Spéciale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n^{os} 1080 et s., pp. 647 et s. ; SYNDET (H.), « Faillite », Rép. Internat. Dalloz, décembre 1998 (dernière mise à jour : juin 2014) ; MONSERIE-BON (M.-H.), « PROCÉDURES COLLECTIVES – Compétence et effets des jugements – Règlement (CE) n^o 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », « PROCÉDURES COLLECTIVES – Loi applicable – Règlement (CE) n^o 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », Fasc. 569, 569-05, J-Cl. Droit International

⁴² Sur cette question, voir, *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 3

⁴³ Article 4 du Règlement (CE) n^o 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOUE L160 du 30 juin 2000 : « *Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte, ci-après dénommé "État d'ouverture"*. »

⁴⁴ Règlement précité.

⁴⁵ La litispendance ne fait ainsi l'objet que d'une indication au Considérant 22. La règle *prior tempore* semble s'imposer.

⁴⁶ Voir, par exemple, VALLENS (J.-L.), « La mise en œuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité : questions de procédure », *D.*, 2003, p. 1421. L'auteur soulève notamment la question de la loi applicable aux effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par rapport à des poursuites en cours. Pour lui, si l'article 15 du règlement soumet expressément cette question à la loi de procédure de l'État où l'instance en cours se déroule, il y aurait en fait combinaison des deux lois.

4. Insertion de l'élément d'extranéité. Il s'agira dès lors d'examiner les règles procédurales qui doivent être suivies par le juge pour la résolution d'un litige comportant un élément d'extranéité. Par suite, les questionnements liés aux règles de procédure dans les litiges internes seront, évidemment, exclus de notre propos. Au demeurant, les problématiques que nous avons pu soulever ne s'y appliquent pas : aucune difficulté liée à la catégorie « procédure » ou à la circulation des décisions, par exemple, n'apparaît dans les litiges ne comportant pas cet élément d'extranéité. Par ailleurs, alors même que c'est l'angle que nous privilégierons, la légalité d'une action de l'Union européenne sur les règles procédurales internes apparaît contestable⁴⁷.

Envisagé ainsi, le cadre de notre étude implique l'exclusion de la conception extensive du droit international privé. Celle-ci intègre les questions de nationalité et de condition des étrangers. Toutefois, ces problématiques sont, en plus de n'être pas unanimement reconnues comme relevant du droit international privé⁴⁸, totalement étrangères à l'objet de notre recherche tel qu'il vient d'être exposé. Plus, ce dernier ne semblerait – suivant une lecture superficielle – se confronter qu'au seul conflit de lois. Certes, il ne permet pas de s'interroger d'une part sur la juridiction compétente pour statuer sur la procédure, d'autre part sur la loi applicable à cette même question. Néanmoins, la nature particulière de la procédure, qui fait le lien entre le juge et le fond, implique de ne pas exclure d'emblée le conflit de juridictions de notre étude⁴⁹. La conception traditionnelle et restrictive du droit international privé – se rapportant aux conflits de lois et de juridictions – doit donc être retenue. C'est toutefois sous un angle particulier que la procédure en droit international privé sera étudiée, à savoir à l'aune du droit de l'Union européenne. En effet, outre une possibilité de se servir des règles européennes pour théoriser et améliorer les règles du droit commun⁵⁰, le droit international privé de source européenne est incontestablement aujourd'hui en expansion. Il tend même, parfois, à l'universalité⁵¹.

⁴⁷ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Section 1, §1, B.

⁴⁸ BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°4, p.4

⁴⁹ Cette question ressurgira s'agissant de la nature de la règle de conflit, cf. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2

⁵⁰ En ce sens, voir SCHOEMAN (E.), « Rome II and the substance-procedure dichotomy : crossing the Rubicon », *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, 2010, p.81.

⁵¹ Voir, l'article 2 du règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE du 4 juillet 2008 : « *Caractère universel – La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* » ; l'article 3 du règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JOUE du 31 juillet 2007 : « *Caractère universel – La loi désignée par le présent règlement s'applique, même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* » ; l'article 4 du règlement Rome III du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE du 29 décembre

5. Le développement du droit européen comme source du droit international privé. Cet angle de vue que nous avons choisi s'explique par la place indéniable qu'occupe aujourd'hui le droit européen du point de vue des sources du droit international privé⁵². La multiplication des règlements uniformisant conflits de lois et conflits de juridictions, tant dans les matières patrimoniales qu'extra-patrimoniales, en est l'évidente manifestation. Cette voie régionaliste, en développement depuis le Traité d'Amsterdam de 1997⁵³, a l'avantage de permettre de dépasser les antagonismes entre particularistes et universalistes. Bien connue des internationalistes, la question de la place des sources supranationales en droit international privé a pendant longtemps vu s'opposer les tenants de la doctrine particulariste face aux partisans de la vision universaliste du conflit de lois. Les premiers n'envisagent la résolution de celui-ci que par des règles propres à chaque État⁵⁴. Ainsi, les particularistes considèrent que la diversité est justifiée et légitime en ce qu'elle reflète la variété des droits substantiels internes, indissolublement liés aux règles de conflit de lois⁵⁵. Les seconds, à l'inverse, préconisent un règlement universel du problème⁵⁶. Ils soutiennent que les litiges internationaux forment l'objet du droit international privé. Par conséquent, il apparaît plus

2010 : « *Application universelle – La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant* » ; l'article 2 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007 (auquel renvoi l'article 15 du règlement du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires) : « *Application universelle – Le présent Protocole est applicable même si la loi qu'il désigne est celle d'un État non contractant* » ; l'article 20 du règlement du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JOUE du 27 juillet 2012 : « *Application universelle – Toute loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* ».

Sur une appréciation de cette universalisation, tant du point de vue de sa légalité que de sa légitimité, cf. *infra*, Partie 2, Titre 1.

⁵² NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°10, p.23

⁵³ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1

⁵⁴ CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012, p.68 : « *Théorie selon laquelle le règlement des conflits de lois est nécessairement particulier ou propre à chaque État, en raison de l'étroite corrélation qui existe entre les principes de solution retenus par le droit international privé et ceux propres au droit substantiel interne des États* ».

⁵⁵ BATIFFOL (H.), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, tome 139, p.75, spéc. p.79 : « *Pour les particularistes le fait de la diversité des systèmes nationaux ne devait pas être considéré comme un pis-aller méritant à peine le nom de droit, mais comme une réalité qui avait des explications très légitimes dans la diversité des structures des États, et plus particulièrement de leurs systèmes de droit privé, inséparables des règles de conflits de lois* ».

⁵⁶ CLAVEL (S.), *Ibid.*, p.70 : « *Théorie selon laquelle le règlement des conflits de lois doit être universel, c'est-à-dire répondre en tous lieux aux mêmes principes de solution* ».

juste et pratique de parvenir à des solutions communes à l'ensemble des États afin d'obtenir un règlement coordonné de ces litiges comportant un élément d'extranéité⁵⁷.

Les deux doctrines ont tour à tour connu un écho certain dans le droit international privé⁵⁸. Marquée par la doctrine de D'Argentré, la science des conflits de lois s'est développée, à l'origine, suivant une vision particulariste de la matière. C'est au XIX^{ème} siècle que l'universalisme a commencé à prospérer, notamment sous l'influence de la doctrine de Savigny et Pillet. Surtout, c'est à cette époque que Mancini crée l'Institut de Droit International et défend la cause universaliste dans son célèbre article « *De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles* »⁵⁹. Toutefois, des auteurs du XX^{ème} siècle, à l'image de Vareilles-Sommières, Niboyet ou Bartin marquent le retour à une doctrine particulariste. Il ne s'agirait pas nécessairement d'un rejet purement théorique de l'universalisme, mais bien d'une vision pratique du règlement des conflits de lois. Ainsi, Bartin, partisan de la projection pure et simple, sur le plan international, du droit interne, « *estime qu'il n'y a pas de communauté de droit entre les États – même d'Europe continentale et d'influence romaine – et qu'il est donc vain de rechercher des solutions universelles* »⁶⁰. L'éminent auteur ne semble donc pas vraiment raisonner en termes de devoir, mais bien en termes de pouvoir : l'universalisme doit être rejeté, car il est impossible à atteindre. C'est cette position que défend également le doyen Batiffol. Il admet également que l'universalisme est une doctrine utopique, mais il estime que l'harmonie des décisions et la coordination des systèmes doivent constituer le but premier du droit international privé⁶¹.

⁵⁷ BATIFFOL (H.), *loc. cit.* : « Pour les [universalistes] le droit international privé ayant pour objet des relations internationales devait être le même pour tous les États, ce qui était non seulement satisfaisant pour l'esprit, mais pratiquement beaucoup plus avantageux pour les personnes privées destinataires de ces règles de droit ».

⁵⁸ La littérature juridique sur ce sujet est abondante. Voir, par exemple, HALPERIN (J.-L.), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999 ; VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., 2014, n^{os}29 à 51, pp. 23-34 ; ou encore, LOUIS-LUCAS (P.), « DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS — Conflits de lois — Théorie générale — Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois », J.-Cl. Droit International, Fasc. 530-A et 530-B.

⁵⁹ MANCINI (P.-S.), « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, p.221 et 284.

⁶⁰ VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., 2014, n^o46, p.31

⁶¹ BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, Tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, n^o25, p.38 et s. : « Il apparaît donc qu'il ne faut ni réputer inacceptables les sources internes, ni les regarder comme exclusives et indépendantes. Elles sont légitimes en droit et indispensables en fait ; mais il importe de rechercher leur accord avec les solutions de l'ordre international dans la mesure où ce dernier s'exprime en règles suffisamment positives, et est en mesure d'en assurer suffisamment l'observation, pour que l'ordre interne puisse éventuellement renoncer à une règle qu'il estimerait utile à sa propre cohérence, dans

Suivant ce dernier, la doctrine contemporaine relève l'insuffisance des sources internes de droit international privé au profit du développement des sources supranationales, et notamment européennes. Messieurs les Professeurs Mayer et Heuzé écrivent, à cet égard, que « *constater que le droit des conflits est de source interne est une attitude réaliste ; affirmer qu'il n'en peut être qu'ainsi est plus discutable ; et chercher à justifier, voire à exalter, la divergence des solutions, plutôt qu'à l'atténuer, est condamnable* »⁶².

En ce qu'elles ont d'extrême, l'une et l'autre de ces positions doctrinales peuvent donc être critiquées. D'une part, le particularisme ne permet pas véritablement une coordination, pourtant souhaitable, des systèmes juridiques. Par définition, chaque État développerait son propre système de droit international privé sans tenir compte des solutions adoptées par les autres États, offrant, par voie de conséquence, de nombreuses possibilités de conflits de systèmes⁶³. D'autre part, l'universalisme apparaît clairement comme une doctrine utopique, impossible à réaliser, notamment, au-delà de la difficulté purement matérielle, en raison des divergences irréductibles de conceptions juridiques entre les États. Afin d'arriver à la meilleure solution, les antagonismes doivent alors être dépassés entre « *le procédé national, plus réaliste qu'adéquat et le procédé international, plus idéal qu'utilisable* »⁶⁴. Face à ces critiques, le régionalisme semble bien être une solution pertinente comme source du droit international privé, et s'est considérablement développé à la fin du XX^{ème} siècle. Cette sorte d'universalisme à petite échelle est, du point de vue français, marquée par les sources européennes, et notamment l'Union⁶⁵. En effet, par les relations étroites instaurées entre les États et le nombre réduit d'États concernés, l'Union européenne offre un cadre privilégié pour parvenir à un règlement uniformisé des conflits de lois et de juridictions que ne permettait pas, à grande échelle, l'universalisme. Par ailleurs, le régionalisme permet, contrairement au

l'assurance que ce sacrifice ne sera pas vain, mais portera ses fruits dans un ordre international suffisamment défini et constitué ».

⁶² MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n°75, p.67.

⁶³ BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *op. cit.*, n°24, p.36

⁶⁴ LOUIS-LUCAS (P.), « DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS — Conflits de lois — Théorie générale — Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois », J-Cl. Droit International, Fasc. 530-A, n°4

⁶⁵ FAUVARQUE-COSSON (B.), « Vers un universalisme renouvelé : quelles en sont les manifestations en droit ? », *Diogenes*, 2007/3 n°219, p.68, spéc. p.75 : « *Cependant, à la fin du XXe siècle, la "communautarisation" du droit international privé, c'est-à-dire la substitution de règles d'origine communautaire aux règles nationales, est en partie venue bouleverser cet équilibre. D'une part le régionalisme a pris le pas sur l'universalisme. D'autre part l'unification ne repose plus tant sur la recherche de convergences, issues de la comparaison, que sur d'autres éléments moteurs, propres au droit communautaire : réalisation et bon fonctionnement du marché intérieur, libre circulation des personnes, des biens, des décisions de justice, développement d'un espace de liberté, sécurité et justice.* »

Voir également, BRIGGS (A.), *The conflict of Laws*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p.33 : « *Increasingly, rules of law, including private international law, are established by the organs of the European Union* ».

particularisme, d'obtenir un règlement coordonné des litiges internationaux entre États ayant des relations étroites⁶⁶. Johannes Offerhaus, alors Président de la session de la conférence de La Haye dont l'impulsion en matière de régionalisme à l'échelle européenne est remarquable⁶⁷, relevait à ce titre que « *l'unité régionale sera parfois réalisable là où la tentative universelle risque d'échouer* »⁶⁸. Plus encore, l'assise politique et l'existence d'un véritable système juridique européen permettent à l'Union européenne d'être plus efficace⁶⁹. Le régionalisme – par la voie de l'Union européenne – nous semble ainsi, sans préjudice des nécessaires règles de droit interne et des conventions internationales, avoir une place prépondérante et dynamique dans les sources de la matière, d'où l'orientation de notre étude. La voie ouverte est celle d'une intégration positive du droit international privé⁷⁰.

6. La procédure dans le droit international privé européen. Certains auteurs notent même cette évolution particulièrement en matière de procédure dans les matières transfrontières⁷¹. En effet, l'aspect procédural des litiges internationaux de droit privé est, depuis quelques années déjà, au cœur des préoccupations des instances régionales. Les programmes d'action successifs – Tampere, puis La Haye, et enfin Stockholm⁷² – ont tous

⁶⁶ VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Économica, 1998, p.136, spéc. p.138 : « *La construction progressive d'un droit international privé de source européenne montre que la première formule [“version régionaliste de l'universalisme d'antan”], plus ambitieuse, n'a pas laissé l'Europe indifférente. Il faut s'en réjouir, quand on sait les vices congénitaux qui frappent la coordination fondée sur le particularisme, et si l'on veut bien admettre que les raisons pratiques, notamment l'excès d'idéalisme des universalistes, qui ont causé le déclin de leur doctrine entre la première et la Seconde Guerre mondiale, ne se retrouvent plus aussi vigoureusement dans une Union d'États structurée comme l'Union européenne* ».

⁶⁷ En effet, si aujourd'hui la conférence de La Haye est résolument internationale, il ne peut être nié que l'organisation internationale avait, à l'origine, un retentissement exclusivement européen. Actuellement, les pays d'Europe représentent toujours le cœur de la conférence et il est à noter que la plupart des États ayant ratifié les actes adoptés sont européens. En ce sens, voir PATAUT (E.), « De Bruxelles à La Haye – Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.661, spéc. p.663.

⁶⁸ Actes de la septième session de la Conférence de La Haye, 1952, 1^{ère} séance plénière, p.10.

⁶⁹ Dans le même sens, voir FAUVARQUE-COSSON (B.), « Vers un universalisme renouvelé : quelles en sont les manifestations en droit ? », *Diogenes*, 2007/3 n°219, p.68, spéc. p.72 : « *Pour toutes ces raisons et parce que les organisations régionales se sont considérablement développées, l'unification au plan régional apparaît aujourd'hui comme une alternative plus efficace car elle intervient entre pays dont les traditions juridiques sont souvent proches les unes des autres. Elle est aussi plus rapide, surtout en Europe où elle est portée par une véritable puissance politique et normative.* »

⁷⁰ PARTSCH (P.-E.), *Le droit international privé européen – De Rome à Nice*, Préface de F. Rigaux, Larcier, 2003, p.23, n°9 : l'élaboration de règles communes de droit international privé constitue une intégration positive, par opposition à l'intégration négative constituée par l'influence des règles européennes sur les règles de droit international privé nationales.

⁷¹ CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS, p.14

⁷² Pour la période 2014-2020, un nouveau programme a été établi sous la forme, assez curieuse, d'un règlement (Règlement [UE] n°1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Justice » pour la période 2014-2020). Il se réclame dans la continuité du programme de Stockholm (Considérant 2). L'accent semble surtout mis sur l'aspect pénal et sur les éléments financiers de

mis en lumière le besoin de s'orienter vers une action renforcée dans cette matière. L'objectif est d'établir, ou de conforter, un espace judiciaire européen⁷³. Plus particulièrement, les différents programmes du Conseil européen et les plans d'action subséquents édictés par la Commission européenne font apparaître la nécessité de traiter de plus en plus des questions procédurales afin de parvenir à un niveau suffisant de confiance mutuelle. Celle-ci permettrait la libre circulation des décisions de justice, ce qui est spécifiquement recherché par l'Union européenne. Le programme de Stockholm, dernier en date, prévoit ainsi que « *le principal objectif de l'action menée dans le domaine des dispositions de droit procédural en matière civile consiste à faire en sorte que les frontières entre les États membres ne constituent pas un obstacle au règlement des affaires civiles ni à l'engagement de procédures judiciaires ou à l'exécution des décisions en matière civile* ». Il relève en même temps que « *l'efficacité des instruments de l'Union dans ce domaine doit encore être améliorée* »⁷⁴.

Ainsi délimité le cadre de l'étude, une précision doit être faite. Dans la mesure où il s'agira de s'intéresser au rapprochement des règles procédurales dans les litiges de droit international privé dans le cadre de l'Union européenne, une place mineure sera accordée aux droits fondamentaux. En effet, cette question est d'ores et déjà au cœur de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ce sont même les législations relatives aux procédures internes des États parties à la Convention – et tous les États membres de l'Union européenne y sont parties – qui font l'objet d'un rapprochement par ce truchement. Les litiges internationaux subissent évidemment cette influence. Néanmoins, il ne nous semble pas qu'un nouveau niveau de règles rapprochant la protection des droits fondamentaux, propres aux litiges internationaux, et édictés par l'Union européenne, soit nécessaire. Si un rapprochement supplémentaire ne nous paraît pas indispensable, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait pas de contrôle à opérer pour sécuriser la libre circulation des décisions dans le cadre de l'Union européenne. Ce contrôle se fera par l'intermédiaire de l'ordre public procédural. L'arrêt *Krombach* de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 28 mars 2000 pose d'ailleurs le fait que

l'établissement de l'espace judiciaire européen. Le volet civil de cet espace n'est pas occulté, mais les instances européennes semblent se contenter de prévoir un renforcement de l'acquis notamment par le truchement de la formation et de l'information, tout en affichant un objectif assez large de « *contribuer à la poursuite de la mise en place d'un espace européen de justice fondé sur la reconnaissance et la confiance mutuelles, en particulier en promouvant la coopération judiciaire en matière civile* » (article 3).

⁷³ Sur ces programmes et l'édification de l'espace judiciaire européen, cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1

⁷⁴ « Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », JOUE du 4 mai 2010 C/115/01, spéc. point 3.3.2.

les principes de l'article 6 s'imposent à tous les États membres et font partie de leur ordre public procédural⁷⁵. Ils devront dès lors être contrôlés dans ce cadre⁷⁶.

Cette précision effectuée, il apparaît en conclusion qu'une volonté claire de rapprochement de la procédure dans les litiges comportant un élément d'extranéité est ainsi affichée par l'Union⁷⁷. L'influence d'une telle entreprise sur le droit interne, dans une « *logique évolutive* », n'est certes pas à négliger⁷⁸. Mais la politique européenne ne va pas principalement dans ce sens. Elle paraît tournée, comme notre étude, vers le droit international privé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la manière de résoudre une situation impliquant un élément d'extranéité, la multiplicité des méthodes du droit international privé tend à complexifier la démarche.

7. La pluralité des méthodes du droit international privé. L'existence de méthodes concurrentes en droit international privé ne fait aucun doute. Monsieur le Professeur Bollée parle du droit international privé comme « *une science de méthode* »⁷⁹. Cette pluralité a fait l'objet de certaines études de renom⁸⁰, même si la doctrine n'est pas unanime sur certaines d'entre elles. Trois principales et classiques peuvent être exposées, comme a pu le faire le doyen Batiffol⁸¹. À ces trois méthodes peut être rajoutée une quatrième qui a pu éclore au cours des dernières années.

La plus classique, et la plus typique du droit international privé, est la méthode conflictuelle. Il s'agit de la méthode traditionnelle pour résoudre les difficultés liées aux situations comportant un élément d'extranéité. Elle consiste à édicter des règles de conflit permettant de soumettre une catégorie juridique déterminée à une loi applicable par le truchement de ce qu'il est convenu d'appeler facteur ou critère de rattachement. Par proportion, le traitement conflictuel d'une situation internationale concentre la plus grande

⁷⁵ CJCE, Affaire C-7/98, 28 mars 2000, *Dieter Krombach contre André Bamberski*, Recueil 2000 I-01935, Conclusions Antonio Saggio.

⁷⁶ Cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, B.

⁷⁷ Le terme rapprochement est utilisé en ce qu'il permet de désigner tout à la fois, l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation. Alors que la première laisserait persistantes certaines divergences et constituerait donc un degré moindre de rapprochement des procédures, les deux dernières impliquent une identité parfaite de règles matérielles. Les moyens employés fonderaient la distinction de l'unification et de l'uniformisation (KAMDEN [I. F.], « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *RJT*, 2009, p.605).

⁷⁸ NORMAND (J.), « Conclusions », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.167, spéc. p.171.

⁷⁹ BOLLÉE (S.), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Préface de P. Mayer, Economica, 2004, p.1

⁸⁰ BATIFFOL (H.), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, tome 139, p.75 ; GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, tome 312, p.23.

⁸¹ BATIFFOL (H.), *op. cit.*, p.84

partie des attentions des auteurs de manuels de droit international privé⁸². Il est vrai qu'elle appelle les mécanismes et les techniques des plus particuliers, propres à la matière. Cela est notamment dû à son caractère indirect qui laisse intactes les législations matérielles divergentes des États. Pourtant, elle ne constitue pas à elle seule le moyen de remédier aux difficultés dans les litiges privés de droit international.

La méthode des règles matérielles⁸³ est également connue en droit international privé, même si tous ne s'accordent pas sur sa concurrence avec la méthode conflictuelle⁸⁴. Il s'agit d'édicter des règles matérielles – c'est-à-dire ayant vocation à régir directement le litige – ayant spécialement pour objectif de s'appliquer aux situations comportant un élément d'extranéité. Il faudrait, selon certains auteurs, nécessairement et dans tous les cas passer par le truchement d'une règle de conflit. Cela lui ôterait dès lors la qualification de méthode concurrente. Toutefois, qu'on retienne son caractère autonome ou non⁸⁵, elle a trait aux seuls litiges comportant un élément d'extranéité, et doit être considérée comme une possibilité offerte pour régler de telles situations. Elle semble d'ailleurs se développer, notamment au sein de l'Union européenne.

La troisième méthode est celle des lois de police⁸⁶. Elle est la dernière méthode traditionnelle du droit international privé. Elle est, sans conteste, une méthode concurrente de la méthode conflictuelle. C'est une « *règle de droit de droit international privé qui étend à des situations internationales des dispositions du droit interne* »⁸⁷. Il s'agit d'appliquer à un litige international, sans passer par l'intermédiaire d'une règle de conflit, une disposition du

⁸² Voir, par exemple, AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013 ; BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014 ; CACHARD (O.), *Droit international privé*, Paradigme, 3^{ème} éd., 2014 ; CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012 ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013 ; NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013 ; RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, Larcier, 3^{ème} éd., 2005 ; VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., 2014 ; BRIGGS (A.), *The conflict of Laws*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008 ; CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS.

⁸³ Le terme de « règles matérielles » est, dans le cadre de notre étude, à prendre dans le sens du droit international privé c'est-à-dire comme s'opposant aux règles conflictuelles, et non comme au sens du droit procédural comme s'opposant aux règles de procédure.

⁸⁴ Pour une étude spécifique sur les règles matérielles en droit international privé, voir, par exemple, LOQUIN (E.), « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, tome 322, p.9

⁸⁵ Pour notre part, nous considérons que la méthode des règles matérielles est une méthode autonome et donc concurrente dans certains cas seulement, cf. *infra*, Partie 2

⁸⁶ Sur les lois de police, voir, notamment, FRANCESCAKIS (P.), « Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP*, 1966, p.1 ; MAYER (P.), « Les lois de police », *TCFDIP*, 1988, p.105 ; ou encore, par exemple, les thèses suivantes, OPREA (E.-A.), *Droit de l'Union européenne et lois de police*, Thèse Paris II, 2011 ; SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

⁸⁷ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, Glossaire, p.9

droit interne. Pour reprendre la définition donnée par Phocion Francescakis, cela concerne les règles internes dont « *l'observation sur le plan international est voulue par un État afin de sauvegarder son organisation politique, sociale ou économique* »⁸⁸. Elle présuppose donc l'existence d'une législation interne qui sera, par la suite, étendue aux litiges comportant un élément d'extranéité quelle que soit la loi effectivement applicable en vertu de la méthode conflictuelle.

Enfin, une dernière méthode d'apparition plus récente doit être mentionnée. Il s'agit de la méthode de la reconnaissance qui est, depuis quelque temps déjà, en expansion. Elle consiste en ce que « *l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation* »⁸⁹. Elle implique donc la création d'une situation dans un État, situation que l'on souhaite voir produire des effets dans un autre État.

8. Problématique. De cette diversité, on sent poindre la difficulté. La volonté de rapprochement des règles procédurales dans les litiges transfrontières dans l'Union européenne se confronte ainsi à la pluralité des méthodes du droit international privé. Et c'est sous cet angle que nous souhaitons orienter notre étude. On l'a vu, certains auteurs se sont déjà intéressés – en tout ou partie – à la question de la procédure en droit international privé⁹⁰. D'autres ont traité de façon approfondie la question du droit judiciaire européen⁹¹. De notre point de vue, et au regard de la place prépondérante qu'occupe aujourd'hui le droit européen dans les sources du droit international privé, les deux approches doivent se combiner. La question portera alors sur le traitement européen de la procédure dans les litiges transfrontaliers à l'aune des méthodes du droit international privé. Plus particulièrement, la question se pose, aux vues des différentes méthodes que connaît la matière, de savoir laquelle est la plus adéquate pour parvenir aux objectifs de l'Union européenne. Du point de vue des

⁸⁸ FRANCESCAKIS (P.), « Conflit de lois », Rép. Internat. Dalloz, 1^{ère} éd.

⁸⁹ LAGARDE (P.), « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé* sous la direction de P. LAGARDE, Pedone, 2013, p.19

⁹⁰ Voir les références citées précédemment.

⁹¹ Voir, par exemple, BLEUSE – DE PONFILLY (S.), *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Paris V – René Descartes, 2000 ; COMPAIN (A.), *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Nantes, 2012 ; CRABIT (E.), *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Thèse Bordeaux, 1987 ; DELICOSTOPOULOS (I.), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Préface de S. Guinchard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003 ; LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013 ; MARMISSE (A.), *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Préface de J.-P. Marguénaud, PULIM, 2000 ; MECARELLI (G.), *L'hypothèse d'un droit commun du procès. Réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, Thèse Paris II, 2002.

techniques employées par les internationalistes, quelle forme le rapprochement tant souhaité des règles de procédure doit-il prendre ? Les questions qui peuvent se poser – l’office du juge dans le traitement du conflit de lois, l’action préventive, l’accord procédural, ou encore les intérêts moratoires pour reprendre les quelques exemples précédemment évoqués – peuvent-elles ou doivent-elles être réglées selon une méthode plutôt qu’une autre ? Laquelle ou lesquelles seraient les plus adéquates ?

À propos du droit international privé en général, certains ont déjà noté que l’approche européenne « *oppose essentiellement deux camps : les spécialistes du droit international privé, habitués à faire vivre ensemble les systèmes juridiques divergents, et les spécialistes du droit communautaire matériel, tournés vers l’intégration des marchés et la construction d’un espace sans frontières intérieures* »⁹². Pour reprendre les méthodes développées précédemment, les internationalistes privilégieraient la méthode conflictuelle – traditionnelle – alors que les européenistes favoriseraient la méthode des règles matérielles. Mais la méthode conflictuelle semble pourtant avoir trouvé sa place dans la législation européenne. Pour s’en convaincre, il suffit de s’arrêter quelques instants seulement sur les législations européennes de droit international privé existantes. Les règlements Rome I⁹³, Rome II⁹⁴, Rome III⁹⁵, pour ne citer qu’eux, lui font ainsi plus qu’une large place. Mieux, elle apparaît comme la voie privilégiée dans la mesure où « *en renforçant la sécurité juridique sans pour autant exiger une harmonisation des règles matérielles de droit interne, la technique de l’harmonisation des règles de conflit de lois respecte pleinement les deux principes de subsidiarité et de proportionnalité* »⁹⁶. Pourtant, une lecture superficielle des objectifs de l’Union européenne semble démontrer qu’en matière procédurale, la méthode des règles matérielles serait à favoriser⁹⁷. Le traitement conflictuel habituel en droit international privé laisserait donc place, dans une certaine mesure, au traitement matériel des difficultés. L’hypothèse d’une coordination, d’une complémentarité ou d’une exclusion entre la méthode

⁹² KESSEDJIAN (C.), « Le passé et l’avenir du droit international privé européen dans le cadre de l’intégration de l’Union européenne », *Revue des affaires européennes*, 2001-2002, p.411, spéc. p.413

⁹³ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), JOUE L177 du 4 juillet 2008

⁹⁴ Règlement (CE) n°864/2007 du parlement européen et du conseil, du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), JOUE L199 du 31 juillet 2007

⁹⁵ Règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dit « Rome III », JOUE L343 du 29 décembre 2010

⁹⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») – COM (2003) 427 final, p.8

⁹⁷ Cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2

conflictuelle et la méthode des règles matérielles doit donc être vérifiée, la première conservant les particularismes nationaux, au contraire de la seconde.

L'approche ainsi choisie mêlerait la coordination du droit international privé, et la cohérence du droit procédural « *qui ne serait pas loin de la thèse du pluralisme ordonné proposée en France par Mireille Delmas-Marty* »⁹⁸. Pour cette dernière, « *les processus d'interaction, normative et juridictionnelle, [...] commandent une mise en ordre qui ne sera pluraliste qu'à la condition de réussir à conjuguer différences et cohérence* »⁹⁹. Trois catégories de processus d'interaction – la « *coordination par entrecroisements* », « *l'harmonisation par rapprochement* » et « *l'unification par hybridation* »¹⁰⁰ ont été recensées. Or, toujours selon Madame le Professeur Delmas-Marty, il faut « *admettre la combinaison, pour un même type d'intérêts, des différents processus* »¹⁰¹ afin d'aboutir à un pluralisme ordonné. Admettre, dans notre matière, la combinaison de la méthode conflictuelle – correspondant au processus de coordination – et de la méthode matérielle – alliant les processus d'harmonisation et d'unification – s'approcherait donc bien de cette théorie. On rejoindrait également l'idée de « *l'ordre procédural atypique* » de Madame Lasserre du fait de « *l'absence de recours à un unique ordre juridique* »¹⁰². Le premier serait « *organisé par l'Union européenne, ce qui permet d'avoir une procédure civile de l'Union européenne complète, non pas dans l'édition de ses règles, mais dans l'encadrement procédural européen offrant une réponse à l'attente de justice des citoyens* »¹⁰³. Une telle hypothèse implique, toutefois, de s'interroger sur l'intérêt et sur les modalités de mise en œuvre de chacune de ces méthodes.

9. Annonce de plan. Ces deux méthodes semblent en effet se détacher quant au règlement européen de la question de la procédure en droit international privé. L'exclusion des deux autres nous paraît, en tout état de cause, justifiée. D'une part, la méthode des lois de police doit d'ores et déjà être écartée. L'objectif est un rapprochement. Or, les lois de police

⁹⁸ CADIET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible à l'adresse suivante : http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf : « *Thus the European procedural system, combining coordination and coherence, illustrates what I would call a methodical jurisdictional pluralism which is not so far from the thesis of the pluralisme ordonné proposed in France by Mireille Delmas-Marty* ». L'auteur fait ainsi référence à DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

⁹⁹ DELMAS-MARTY (M.), *op. cit.*, p.32

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.37

¹⁰¹ *Ibid.*, p.129

¹⁰² LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013, spéc. n°754, p.549

¹⁰³ *Loc. cit.*

internes n'impliquent, par définition, aucun rapprochement des législations des États membres. De plus, la qualification en tant que loi de police des règles procédurales est douteuse¹⁰⁴. Elle ne semble pas avoir les faveurs de la jurisprudence dans le droit international privé commun¹⁰⁵. Il serait toutefois possible de s'interroger sur un possible rapprochement par le truchement de lois de police européennes¹⁰⁶. Mais, là encore cette possibilité doit être évincée en tant que telle dans la mesure où l'existence de telles règles implique qu'il existe préalablement des règles matérielles. De plus, on le verra, l'existence de règles matérielles de procédure dans les litiges transfrontières, envisagées comme méthode concurrente, conduit nécessairement à les appliquer à tous les litiges comportant un élément d'extranéité, sans le recours à une règle de conflit. Le passage par une loi de police ne serait donc pas nécessaire, et l'Union européenne ne semble pas elle-même raisonner en ces termes¹⁰⁷. Au surplus, les critiques qui se sont élevées contre la jurisprudence *Ingmar* invite à la plus grande prudence concernant une telle qualification. En effet, la loi de police était justifiée par une libre concurrence non faussée dans le marché intérieur. Or, c'est l'objet d'un très grand nombre de règles européennes. D'autre part, la méthode de la reconnaissance implique par définition qu'une situation ait été créée à l'étranger. Ce n'est évidemment pas l'hypothèse de l'objet de notre étude, tant parce que la procédure ne constitue pas une situation créée, que parce qu'il s'agit avant tout de se questionner sur les règles que le juge doit suivre dans une instance directe¹⁰⁸.

Dès lors seules les deux premières méthodes évoquées méritent bien notre attention. Celles-ci – conflictuelle et matérielle – connaissent toutes les deux un certain écho dans le droit international privé européen. Le développement de règles de conflit de lois unifiées nous invite à nous interroger, dans un premier temps, sur l'avenir de cette méthode s'agissant de la procédure (*Partie I*). Elle est, encore une fois, la plus habituelle en droit international privé, et semblerait être un premier pas. Non pas par l'édiction d'une règle de conflit commune – celle-

¹⁰⁴ Cf. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 2

¹⁰⁵ Voir Cass. 1^{ère} civ., 19 octobre 2004, *Bull. civ. I*, n°224. Le bref délai de prescription en matière de diffamation édicté par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse y est qualifié de loi de police. S'agissant d'une question de prescription, on peut toutefois douter que cette loi de police soit du domaine de la procédure (sur la qualification de la prescription, cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, a).

¹⁰⁶ Pour la mise en lumière de lois de police communautaires, voir, par exemple, la très controversée jurisprudence *Ingmar* (CJCE, Affaire C-381/98, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc.*, Recueil 2000 page I-09305, Conclusions Léger).

¹⁰⁷ La seule référence à une loi de police concerne le droit commun (cf. *supra*). Il ne semble qu'aucune qualification semblable ne puisse être décelée dans la jurisprudence ayant trait au droit européen.

¹⁰⁸ Il est évident que des incursions ponctuelles sur l'influence de l'instance indirecte pourront toutefois être faites.

ci existe déjà dans l'adage *lex fori regit procesum*¹⁰⁹ –, mais en ce que l'Union doit s'efforcer, plus qu'elle ne le fait actuellement, de délimiter le périmètre de la catégorie procédure. Mais est-ce suffisant ? En effet, elle ne paraît pas pouvoir résoudre l'ensemble des problèmes soulevés. Ce sont parfois les règles matérielles elles-mêmes qui conduisent à de substantielles différences entre les systèmes juridiques, limitant la confiance mutuelle entre États membres pourtant recherchée. L'absence de consensus sur l'admission et les modalités d'une action de groupe fait ainsi l'objet d'une réflexion à l'échelle européenne¹¹⁰. Parfois, c'est l'unification des règles de conflit relatives au fond elle-même qui pourrait être mise en péril par l'absence d'uniformité des règles procédurales. C'est tout l'objet, par exemple, des questionnements sur l'office du juge dans le traitement de la règle de conflit, par rapport à la mise en œuvre des règlements unifiant les règles de conflit de lois¹¹¹. Une telle réflexion peut également apparaître quant à l'admission des actions déclaratoires et préventives au regard des règles de compétence posées, par exemple, par le règlement Bruxelles I¹¹² en matière délictuelle¹¹³. Aussi, ces divers arguments nous conduiront à envisager la méthode conflictuelle comme, à elle seule, insuffisante pour résoudre les difficultés en la matière. Si elle ne doit pas être exclue, elle devra dès lors être complétée pour parvenir aux objectifs de l'Union. Le recours, dans une certaine mesure, à la méthode des règles matérielles¹¹⁴, sur lequel nous nous interrogerons dans un second temps (**Partie 2**), apparaîtra alors nécessaire. Le développement de celle-ci, notamment à l'échelle européenne et particulièrement en matière procédurale, justifie une telle approche au détriment de la seule méthode conflictuelle traditionnelle. Néanmoins, le principe de l'autonomie procédurale associé à celui de proportionnalité invite à s'interroger sur la mesure des règles à adopter¹¹⁵. Il ne s'agirait donc pas d'adopter une procédure commune, mais bien de créer des règles ponctuelles sur les questions procédurales les plus importantes et les plus influentes quant à l'issue du litige et la libre circulation des décisions. Des propositions devront dès lors être faites en ce sens.

Partie 1 : Le traitement conflictuel de la procédure en droit international privé européen

Partie 2 : Le traitement matériel de la procédure en droit international privé européen

¹⁰⁹ Sur cette règle, cf. *infra*, Partie 1, Titre 1

¹¹⁰ Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A. 2.

¹¹¹ Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §3, B. 2.

¹¹² Règlement n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et entré en application le 1^{er} mars 2002, JOCE L12 du 16 janvier 2001

¹¹³ Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A. 1.

¹¹⁴ Dans le sens du droit international privé comme s'opposant à la méthode conflictuelle.

¹¹⁵ Cf. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2

— Première partie —

**Le traitement conflictuel de la
procédure en droit international privé
européen**

— Première partie —

**Le traitement conflictuel de la procédure en droit international privé
européen**

10. Double temps de la démonstration. Méthode phare du droit international privé, la logique conflictuelle peut se définir comme la « *méthode de solution [du] problème [de conflit de lois] (appliquée surtout aux matières de Droit privé) consistant à soumettre le règlement de la question de Droit en cause à la loi d'un des États (plus généralement d'un des systèmes ou ordres juridiques) avec lesquels elle présente des liens* »¹¹⁶. Il s'agit, selon la conception savignienne – conception qui semble avoir les faveurs des systèmes juridiques contemporains –, de soumettre une catégorie de rattachement à une loi applicable par le truchement d'un facteur de rattachement prédéterminé. C'est la méthode habituellement envisagée en droit international privé.

Envisager le traitement conflictuel de la procédure en droit international privé européen implique nécessairement de se questionner, dans un premier temps, sur la formulation de la règle de conflit envisageable. La spécificité de notre sujet réside dans le fait qu'une règle universelle existe d'ores-et-déjà. Le point de départ de notre réflexion sera dès lors de se demander si la simple reprise, par l'Union européenne, de celle-ci permettrait d'enrayer les difficultés existantes. Or, son universalité d'une part, et son caractère justifié d'autre part, nous conduiront à soutenir qu'elle ne doit pas être modifiée, et donc que la simple énonciation, par l'Union européenne, d'une règle de conflit unifiée serait totalement insuffisante pour résoudre les problèmes soulevés par la matière procédurale dans les litiges transfrontières (*Titre I*). Cela ne serait cependant pas inutile puisqu'elle permettrait, au-delà de la sécurité juridique, d'encadrer la règle notamment en définissant précisément son domaine.

En effet, une telle réflexion ne saurait suffire à apprécier, pour la rejeter, l'opportunité de la méthode conflictuelle dans sa globalité au regard des objectifs européens à atteindre. Ainsi, si la seule formulation de la règle s'avère insuffisant pour parvenir à ces derniers, peut-être que la résolution de difficultés liées à sa mise en œuvre le permettrait. Aussi convient-il,

¹¹⁶ V^o Conflit de lois, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.233

dans un second temps, de s'interroger sur l'encadrement de la règle préalablement dégagée, et notamment sur la délimitation de la catégorie « procédure ». Or, si l'Union européenne doit encore agir en ce domaine, certaines difficultés persistant, cette action se révélera, selon nous, insuffisante pour atteindre les objectifs formulés en la matière (*Titre 2*).

Titre 1 : L'insuffisance de la formulation d'une règle de conflit par l'Union européenne

Titre 2 : L'insuffisance de l'encadrement de la règle de conflit par l'Union européenne

TITRE 1 : L'INSUFFISANCE DE LA FORMULATION D'UNE RÈGLE DE CONFLIT PAR L'UNION EUROPEENNE

11. L'existence d'un consensus européen justifié. L'Union européenne, dans le cadre de son action en droit international privé, préconise le rapprochement par la méthode conflictuelle¹¹⁷. Celle-ci implique, à l'évidence, que soit formulée une règle de conflit européenne. Pour autant, afin que la seule formulation, par l'Union, d'une règle de conflit unifiée permette d'enrayer les diverses difficultés qui conduisent l'instance régionale à légiférer en ce domaine, il semble nécessaire que celle-ci ne soit pas déjà universelle. Certes, la codification d'une règle revêtue d'un tel caractère n'est pas dénuée d'intérêt au regard de la cohérence et de la sécurité juridique. Cela permettra également de faciliter son encadrement. Mais une telle action serait insuffisante, car il est manifeste que la simple reprise, au niveau européen, d'une règle déjà communément admise ne permettra pas de résoudre des difficultés sur lesquelles l'accent est pourtant mis par les autorités¹¹⁸. La source des difficultés serait à l'évidence à rechercher ailleurs. Or, l'existence d'un consensus historique et spatial à propos de la règle de conflit selon laquelle la procédure est soumise à la loi du juge saisi est indéniable (*Chapitre 1*).

La reprise, en l'état, de cette règle – aussi consensuelle soit-elle – nécessite cependant qu'elle puisse se justifier. Conserver – en la codifiant – une règle universelle paraît certes pertinent, mais seulement si celle-ci est fondée. En effet, l'Union européenne se doit de ne pas formuler une règle de conflit, fut-elle universellement acceptée, si sa raison d'être, et donc son existence, peuvent être remises en cause. Or, quand bien même les fondements de la maxime *lex fori regit procesum* ont évolué, celle-ci reste aujourd'hui motivée (*Chapitre 2*). L'existence de ces justifications à une règle universelle semble confirmer nos doutes quant à l'efficacité d'une formulation européenne du principe selon lequel la procédure est régie par la loi du juge saisi.

¹¹⁷ Cette préconisation apparaît de nombreux documents de l'Union européenne. Par exemple, il ressort de la proposition de règlement du Parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») – COM (2003) 427 final – qu'« [e]n renforçant la sécurité juridique sans pour autant exiger une harmonisation des règles matérielles de droit interne, la technique de l'harmonisation des règles de conflit de lois respecte pleinement les deux principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

¹¹⁸ Sur une étude détaillée de ces difficultés en matière de procédure dans les litiges privés internationaux, cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2

Chapitre 1 : L'existence d'un consensus européen : l'exposé de la règle *lex fori regit procesum*

Chapitre 2 : La justification du consensus européen : les fondements de la règle *lex fori regit procesum*

CHAPITRE 1

L'EXISTENCE D'UN CONSENSUS EUROPEEN : L'EXPOSE DE LA REGLE *LEX FORI REGIT PROCESUM*

12. Un principe universel. L'existence d'un consensus européen, tant du point de vue temporel que spatial, sur la formulation de la règle est indiscutable. La soumission de la procédure à la loi du juge saisi est une des rares règles de droit international privé à connaître un retentissement universel. Elle relève de l'évidence dès qu'est posée la question de la procédure en droit international privé. Son profond enracinement dans la matière nous conduira, de surcroît, à la considérer comme un principe (*Section 1*). Par suite, le recours à la formulation d'une règle de conflit européenne unifiée en la matière ne permettrait aucunement d'effacer les difficultés que la procédure en droit international privé soulève. Cela n'empêche aucunement son adoption dans un acte formel, notamment pour permettre de sécuriser son encadrement, mais son adoption seule resterait insuffisante. En effet, il apparaît, par voie de conséquence, que la règle de conflit en elle-même ne constitue pas le nœud du problème ayant amené à ce que l'Union européenne agisse. Il ne s'agirait que de conserver une règle communément admise.

13. Une nature difficilement définissable. Cependant, en dépit de cette universalité, une absence totale de consensus ressort à propos de la nature de la règle *lex fori regit procesum*¹¹⁹. Or, les conditions de mise en œuvre de cette dernière, et notamment l'admission de dérogations ou d'adaptations à l'application de la loi du for (*Section 3*), commandent qu'elle soit déterminée. L'exposé de cette règle implique donc nécessairement de rechercher sa nature sur laquelle la doctrine ne semble pas s'accorder (*Section 2*).

¹¹⁹ La nature participe de la définition d'une notion ou d'une règle. En effet, la signification qui peut en être donnée évoque celle-ci comme un élément de définition de la chose : « 1. Ce qui définit en fait une chose ; sa nature réelle, parfois irréductible à toute catégorie juridique [...]. 2. Ce qui définit en Droit une chose (fait, acte, institution, etc.) ; sa nature juridique ; ce qui est de son essence, de sa substance, au regard du Droit ; l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique. » (V^o nature, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.677).

SECTION 1 : LA REGLE *LEX FORI REGIT PROCESUM* : UN PRINCIPE UNIVERSEL

14. Un principe doublement universel. L'étude de la règle selon laquelle la procédure doit être régie par la loi du juge saisi laisse rapidement apparaître une double universalité, tant au niveau temporel que spatial (§1). Cela conduit à s'interroger sur une possible élévation de la règle au rang de principe. Cela appuierait d'autant plus la thèse selon laquelle l'énoncé d'une règle de conflit au niveau européen apparaît, à l'évidence, comme insuffisant en soi (§2).

§1 : LA JUSTIFICATION DE L'INSUFFISANCE D'UNE FORMULATION EUROPEENNE PAR L'UNIVERSALITE DE LA REGLE

15. Une universalité temporelle et spatiale. La règle *lex fori regit procesum* peut être considérée comme universelle à double titre. D'une part, dans une dimension historique, la règle est l'une des plus anciennes qui existe en droit international privé démontrant une formidable stabilité (A). D'autre part, dans une dimension spatiale, elle semble être connue de tous les systèmes juridiques, et donc de tous les États membres de l'Union européenne (B).

A. L'universalité temporelle de la règle *lex fori regit procesum*

16. Une ancienneté jurisprudentielle et doctrinale. La procédure apparaît très tôt dans l'histoire du droit international privé. La règle alors édictée n'a, depuis, jamais été modifiée¹²⁰. Cette ancienneté se retrouve tant dans la doctrine (I) que dans la jurisprudence (2).

1. La doctrine

17. La distinction opérée par Balduini. La distinction doctrinale entre le fond et la procédure et, plus généralement, la théorisation de la règle *lex fori regit procesum* remonteraient au début du XIII^{ème} siècle. C'est, en effet, à cette époque que le Bolonais Jacobus Balduini¹²¹ divisa les coutumes en deux catégories : les *ordinaria litis* et les *decisoria litis*¹²². Cette distinction était rendue nécessaire par la méthode déductive introduite par

¹²⁰ En ce sens, voir NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préface de B. Goldman, Economica, 1986, n°78, p.41 : « elle n'a curieusement guère évolué depuis cette époque ».

¹²¹ Encore appelé Jacques Beaudoin, mort en 1235.

¹²² Dans son célèbre cours professé à l'Académie de La Haye, E.-M. Meijers relève, de façon étonnante, qu'il n'existe pas de source directe et originelle de cette théorie, mais seulement des citations d'autres auteurs

Carolus de Tocco selon laquelle les solutions spécifiques se déduisent des grands principes du droit romain pour chaque matière¹²³. Celle-ci conduisait alors le juge à se confronter au droit étranger dès lors qu'une partie était étrangère, d'où la nécessité de savoir dans quelle mesure il pouvait appliquer cette autre coutume et, ainsi, « *libérer le fond de l'emprise de la lex fori* »¹²⁴.

Concernant les premières, les règles d'ordonnancement du procès ou *ordinaria litis*¹²⁵, le juge se devait, selon l'auteur, de suivre ses propres prescriptions. S'agissant des secondes, les règles permettant de parvenir à la décision ou *decisoria litis*¹²⁶, les coutumes étrangères pouvaient être appliquées. La distinction que l'on connaît actuellement semble donc bien consommée dès cette époque. De surcroît, si aucune règle sur ce sujet n'est formulée dans le Digeste de Justinien¹²⁷, Meijers relève que « *sans doute, pourrait-on signaler des auteurs italiens plus anciens, si tous les écrits de ce temps nous avaient été conservés* »¹²⁸.

18. La reprise de la distinction par les auteurs français. Cette dissociation, et la règle qui en découle vis-à-vis de la procédure ont, par la suite, été reprises par les Français Jacques de Révigny et son élève, Pierre de Belleperche. Le premier reprend la théorie de Balduini en relevant que « *les docteurs distinguent : ou la coutume commande l'ordonnancement du procès ou elle commande la décision quant au fond. Si elle commande l'ordre du procès... je dis qu'il ne faut observer ni la coutume du demandeur, ni celle du défendeur, mais bien celle du lieu du procès. Si elle détermine la décision, alors c'est la coutume du lieu du contrat qu'il faut suivre* »¹²⁹.

tels que son élève, le Français Jacques de Révigny (MEIJERS [E.M.], « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge », *RCADI*, 1934, tome 49, p.595, note 2).

¹²³ Pour plus de développements, sur la méthode de Carolus de Tocco, voir ANCEL (B.), *Histoire du droit international privé*, Cours professé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) en 2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.u-paris2.fr/44834992/0/fiche___document/&RH=CURS_TD, spéc. pp.93 et s.

¹²⁴ *Ibid.*, p.94

¹²⁵ On pourra également trouver les expressions latines *litis ordinatio*, *ordinatoria litis* ou encore, *ad ordinandam litem*.

¹²⁶ Encore appelée *litis decisio* ou bien, *ad decidendam litem*.

¹²⁷ AILES (E. H.), « Substance and Procedure in the conflict of laws », 39 *Michigan Law Review*, (1941), p.392, spéc. p.396

¹²⁸ MEIJERS (E.M.), *Études d'histoire du droit international privé*, Éditions du CNRS, 1967, spéc. p.97

¹²⁹ *Ad legem Cunctos populos* [C., 1, 1, 1], cité par Bertrand Ancel, *op.cit.*, p.97.

Une citation relativement similaire est attribuée à Pierre de Belleperche. Ce dernier reprenait alors, dans ses œuvres, à la fin du XIII^{ème} siècle, la doctrine de Balduini : « *Les docteurs distinguent, et je suis de leur avis. Ou bien il s'agit de his quæ ordinationem litis respiciunt, et alors la coutume à suivre est celle qui règne au lieu du litige. Par exemple, moi, Orléanais, j'attaque un Parisien devant le juge de Chartres ; la coutume de Paris est que l'assignation soit donnée par écrit ; la coutume de Chartres est contraire ; c'est celle-ci qui sera appliquée. Ou bien il s'agit de his quæ faciunt ad litis decisionem. Par exemple, quelqu'un m'a vendu un cheval ; je lui demande, à titre de garantie et conformément à la coutume de son pays, des gages ou des fidéjusseurs ; il refuse, parce que, dans son pays, ces sûretés sont inconnues. Les docteurs disent qu'il ne faut considérer ni la coutume du domicile du défendeur, ni celle du domicile du demandeur, ni celle du lieu où se*

Relevant l'ancienneté de la distinction, Armand Lainé explique qu'à l'époque de Pierre de Belleperche, « *des règles destinées à durer sont déjà reçues* ». Il ajoute que, « *notamment, la distinction entre la litis ordinatio et la litis decisio se trouve nettement tracée* »¹³⁰.

Il est à noter, cependant, que les auteurs ont énoncé cette règle à partir de la pratique judiciaire de l'époque qui l'appliquait, déjà, implicitement.

2. La jurisprudence

19. Le style de la Cour du Parlement de Paris. Bien avant la réception de la théorie attribuée à Balduini, la distinction entre procédure – régie par la coutume locale – et fond – possiblement soumis à une coutume étrangère – se retrouve dans la jurisprudence du Parlement de Paris. Celui-ci étendait sa juridiction dans le ressort de plusieurs coutumes et non pas, seulement, celle de Paris. Aussi a-t-il développé, concernant sa façon de procéder, ses propres règles procédurales. Les juges suivaient alors le style de la Cour, ou *stilus Curiae*, pour les règles de conduite du procès alors qu'ils appliquaient la coutume adéquate pour régler le litige au fond. De la même façon que la catégorie procédure doit aujourd'hui être délimitée, le Parlement de Paris répondait fréquemment à des questions du même ordre.

20. Un exemple jurisprudentiel. La plus célèbre décision du Parlement de Paris relative à la procédure, et la plus fréquemment citée, est celle de *Gilbert de Malesmains c. Richard Goelons*¹³¹. Dans cette affaire, Gilbert de Malesmains, un Normand, devait assister à l'administration d'une preuve. Ne pouvant comparaître en personne au jour fixé, un représentant a sollicité, en son nom, le renvoi à une autre date (*contramandare*) en application de la coutume de Normandie. Richard Goelons, le défendeur, s'y opposa. Le Parlement de Paris rejeta la demande en affirmant que ce sont les usages de la Cour qui devaient être suivis concernant un témoin, fût-il également Normand¹³². Si cet arrêt est significatif, il n'est qu'une

débat le procès, mais qu'il faut s'attacher à celle du lieu où le contrat s'est effectué » (Pierre de Belleperche, cité notamment par LAINE [A.], *Introduction au droit international privé*, Tome 1^{er}, Librairie Cotillon, 1888, p.121).

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Olim*, I, p.630, arrêt de 1265 ; cité dans le corps même du texte par les auteurs traitant, de façon approfondie, de la question, voir ANCEL (B.), *op. cit.*, pp.56 et 97 ; ou encore, MEIJERS (E.M.), *Études d'histoire...*, *op. cit.*, p. 23

¹³² « *licet in Normannia posset dictus Gilebertus semel contramandare in hoc casu ad usus Normannie, sicut quidam dicebant, quia tamen hujus contramandacio est de processu cause que hic fuit contestata et cause debent in hac Curia tractari ad usus hujus Curie, dictum fuit per jus quod non recipetur contramandacio ipsius Gileberti in ho casu* », *Olim*, I, p.630, n° I

décision parmi de nombreuses autres rendues par la juridiction au XIII^e ou XIV^e siècle qui peuvent être trouvées, sur ce sujet, dans les *Olim*¹³³.

21. L'extension aux cours inférieures et étrangères. Monsieur le Professeur Bertrand Ancel affirme même l'extension de cette pratique à toutes les juridictions du royaume, et ce, quel que soit son niveau hiérarchique. Il explique ainsi que « *ce qui est vrai au niveau suprême du Parlement et aussi vrai au niveau plus modeste des juridictions de première instance ou intermédiaires, le bailli de Vermandois ou le sénéchal de Beaucaire observent la procédure propre de leur juridiction, mais ils appliquent au fond de l'affaire l'une ou l'autre des coutumes au contact desquelles se trouve la situation — à moins que ce ne soit le droit romain tel que reçu dans le midi de la France* »¹³⁴.

L'apparition de la règle dans la jurisprudence anglaise semble, cependant, plus tardive notamment en raison de l'unité juridique de l'État d'outre-Manche. De ce fait, il ne connaissait pas, contrairement à la France, de problèmes de conflit de lois. Edgar Ailes¹³⁵ relève que, même si l'introduction de la règle ne peut pas être datée avec précision, la première jurisprudence faisant expressément référence à la soumission de la procédure à la loi du for daterait d'une décision de la cour de la chancellerie de 1705, *Dupleix v. De Roven*¹³⁶. Si cette position est effectivement plus récente, il n'en reste pas moins qu'elle date de plus de trois siècles et apparaît bien installée dans la jurisprudence anglaise.

La règle selon laquelle la procédure est régie par la loi du tribunal saisi est donc historiquement admise depuis, au moins, le XIII^e siècle que ce soit par la doctrine ou par la jurisprudence, à quelque niveau de juridiction que ce soit. De nos jours, et ce sans que son application ait connue une quelconque interruption, la règle est toujours connue en droit positif et ce, dans tous les pays.

¹³³ Nombreux sont les exemples cités par E. M. Meijers (*Études..., op. cit.*, p.24, note 18), parmi lesquels :

- *Olim*, I, p.603, n° VII, arrêt de 1265 : la caution *judicatum solvi* n'a pas à être fournie dans le cas d'un justiciable étranger appartenant à la noblesse
- *Olim*, I, p.892, n° XXXIV, arrêt de 1272 : toutes les exceptions péremptoires d'une partie citée doivent être énoncées simultanément
- *Olim*, I, p.526, n° XVIII, arrêt de 1261 : si, au cours d'une procédure en matière possessoire, la partie citée fait défaut à deux reprises avant le jour fixé pour la vue des lieux, ce défaut n'entraîne pas la perte du procès.

¹³⁴ ANCEL (B.), *Droit international privé comparé*, Cours professé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) en 2007-2008, p.9, disponible en format PDF à l'adresse suivante :

http://www.u-paris2.fr/1210669510726/0/fiche___document/&RH=COURS_TD

¹³⁵ AILES (E. H.), « Substance and Procedure in the conflict of laws », 39 *Michigan Law Review*, (1941), p.392, spéc. pp.398 et s.

¹³⁶ *Dupleix v. De Roven*, 2 Vern. 540, 23 Eng. Rep. 950 (1705). Edgar Ailes relève néanmoins des traces de discussions à propos de ces difficultés dans une décision de 1460 (Year Book I Edw. IV, Mich. Pl. 13 [1460]).

B. L'universalité spatiale de la règle *lex fori regit procesum*

22. Une universalité de droit positif et doctrinale. Que ce soit par la loi ou par la jurisprudence, la règle selon laquelle la procédure, dans les litiges privés transnationaux, est régie par la loi du juge saisi, est connue, en droit positif, de tous les pays européens¹³⁷ (1). La doctrine s'accorde également pour y voir une règle indiscutable dans sa formulation (2).

1. *La règle *lex fori regit procesum* dans le droit positif des États membres*

23. Les exemples d'adoption législative de la règle. Nombreux sont les États qui ont explicitement posé cette règle dans une loi¹³⁸. Très tôt, la Hongrie l'a inscrite dans l'article 63 du décret-loi n°13/1979 sur le droit international privé. Il dispose que « *sauf disposition contraire du présent décret-loi, la procédure devant les tribunaux ou les autorités hongroises est soumise au droit hongrois* »¹³⁹. En 1992, la Roumanie adopte une disposition similaire en son article 159 de la loi n°105 du 22 septembre¹⁴⁰. La loi italienne n°218 du 31 mai 1995 prévoit de façon assez succincte, mais très claire, en son article 12, que « *le procès civil qui se déroule en Italie est régi par la loi italienne* »¹⁴¹. Auparavant, cette règle était même édictée par la Constitution de l'État transalpin du 27 décembre 1947. Son article 27 prévoyait ainsi que « *les formes de procédure sont régies par la loi du lieu où le procès se déroule* ». Enfin, plus récemment, l'Espagne s'est dotée d'une règle semblable au sein de la loi 1/2000 du 7 janvier 2000 sur le procès civil. La formulation de la règle espagnole est même, sans doute, la plus catégorique. Elle ne prévoit que des exceptions liées aux traités internationaux et, surtout, l'accent est mis sur la compétence pleine et entière de la loi du for par l'utilisation de

¹³⁷ Au-delà, cette règle connaît un retentissement à travers le monde entier. Voir, par exemple, la loi vénézuélienne du 6 août 1998 de droit international privé, *Gaceta oficial de la Republica de Venezuela*, 6 août 1998, n° 36511 : « Article 56 – La compétence et les formes de la procédure sont régies par le droit de l'autorité devant laquelle il est procédé. », RCDIP, 1999, p.209, note Gonzalo Parra-Aranguren.

¹³⁸ Au sens général du terme, c'est-à-dire « toutes les règles émises par une autorité qualifiée » (V° Loi, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.623).

¹³⁹ RCDIP, 1981, p. 173 ; « 1979. évi 13. törvényerejű rendelet a nemzetközi magánjogról Eljárési jogi rendelkezések Általános szabályok – 63. § A magyar bíróság vagy más hatóság eljárására - ha ez a törvényerejű rendelet másként nem rendelkezik - a magyar jog az irányadó. ».

¹⁴⁰ « Art. 159. – Dans les procès qui concernent des rapports de droit international privé, les instances roumaines appliquent la loi procédurale roumaine, sauf autres dispositions expresses », RCDIP, 1994, p.191 (« **LEGE Nr. 105 din 22 septembrie 1992** cu privire la reglementarea raporturilor de drept international privat – ART. 159. — În procesele privind raporturi de drept international privat instantele române aplica legea procedurala româna, daca nu s-a dispus altfel în mod expres »).

¹⁴¹ RCDIP, 1996, p. 176 : « **Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. – Art. 12. Legge regolatrice del processo. 1. Il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana.** ».

l'adverbe « *uniquement* ». L'article 3 énonce en effet que « *les procès civils qui sont menés sur le territoire national sont régis uniquement par les règles procédurales espagnoles* »¹⁴².

24. Les exemples d'adoption jurisprudentielle de la règle. La maxime *lex fori regit procesum* n'est parfois pas inscrite dans une loi, mais ressort – explicitement ou non – de la jurisprudence des États européens. Bien que dotée d'un code de droit international privé, la Belgique ne connaît, ainsi, cette règle, en droit positif, qu'à travers les créations prétoriennes. À titre d'illustration, la décision de la juridiction de Gand en date du 29 juin 1965 peut être citée. Les juges belges y ont appliqué la loi belge, au titre de loi de procédure, pour les règles régissant l'introduction d'une action alimentaire non déclarative de filiation¹⁴³.

D'autres États appliquant un système exclusivement – ou quasi exclusivement – jurisprudentiel, tout du moins en droit international privé, ne connaissent cette règle qu'à travers les décisions des juges. La jurisprudence anglaise est, évidemment, la source de la règle outre-Manche. Elle est particulièrement abondante en ce domaine. Aussi est-il aisé de trouver des exemples topiques. Nous pourrions, à cet égard, citer le célèbre arrêt *Boys v. Chaplin* de la Chambre des Lords de 1969. Dans cette affaire, Lord Pearson exprime clairement la règle. Il jugea que « *la loi du for doit régir la procédure parce que la Cour ne peut utiliser que sa propre procédure, n'ayant pas le pouvoir d'adopter les procédures étrangères* »¹⁴⁴. Il nous est également possible d'évoquer le non moins célèbre arrêt *Huber v. Steiner* de 1835¹⁴⁵.

C'est également en la forme jurisprudentielle qu'elle existe en France, que ce soit, comme nous l'avons déjà évoqué, dans l'Ancien Droit ou actuellement. Pour une formulation explicite de la règle en droit positif, on pourra, par exemple, relever l'attendu de principe de l'arrêt *Coveco*¹⁴⁶ de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 1990. Selon celui-ci, « *l'exigence d'un intérêt né et actuel est commandée, en raison de son*

¹⁴² « *Ley de Enjuiciamiento Civil – Artículo 3. Ámbito territorial de las normas procesales civiles.*

Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por la normas procesales españolas ».

¹⁴³ Exemple cité par RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, Larcier, 3^{ème} éd., 2005, n° 11.4, p.470.

¹⁴⁴ Opinion de Lord Pearson in *Boys v. Chaplin*, [1971] A.C. 356 at 394 : « *The lex fori must regulate procedure, because the court can only use its own procedure, having no power to adopt alien procedures* ».

¹⁴⁵ (1835) 2 Bing.N.C. 202. C.J. Tindal reprend cette règle dans sa version historique en exposant la différence entre les *ordinaria litis* et les *decisoria litis*, at 210 : « *all that relates "ad litis ordinationem" is taken from the "lex fori" of that country where the action is brought* ».

¹⁴⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 4 décembre 1990, *Bull. civ. I*, n°272 ; *JDI*, 1991, p. 371, note D. Bureau ; *RCDIP*, 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy.

caractère procédural, par la loi du for »¹⁴⁷. Le projet de loi complétant le Code civil en matière de droit international privé - datant de 1967, mais publié en 1970¹⁴⁸ - prévoyait une adoption législative de la règle. L'article 2316 aurait ainsi été rédigé : « *la procédure est régie par la loi de l'État du tribunal saisi* ».

25. Généralisation de la règle. Ces quelques éléments ne sont que des exemples ponctuels d'adoption de la règle dans les États européens. Pour généraliser cette affirmation, il est intéressant de relever qu'elle est énoncée dans une résolution de l'Institut de Droit international suite à la session de Zurich de 1877¹⁴⁹. Il est également possible de noter la définition qui est donnée de la *lex fori* dans le glossaire de la justice du site internet de la commission européenne : « *La lex fori est une notion propre au droit international privé, qui signifie la loi du juge saisi. [...] Traditionnellement, la lex fori régit les questions de procédure, quelle que soit la lex causae* »¹⁵⁰. Par ailleurs, la doctrine s'accorde sur la règle et sur son universalité spatiale.

2. La règle *lex fori regit procesum* dans la doctrine des États membres

26. Généralités. La doctrine, tant française qu'étrangère, s'accorde également dans le principe même de la règle. Les auteurs énoncent quasi systématiquement l'évidence de la règle et les développements y ayant trait sont souvent loin d'être conséquents. Ils sont, par ailleurs, uniquement, ou en grande partie, relatifs à la définition de son domaine.

27. La doctrine française. La doctrine française¹⁵¹ reprend traditionnellement l'ancienneté de la règle et son universalité pour la porter comme principe¹⁵². Selon Messieurs

¹⁴⁷ Souligné par nous. Pour d'autres exemples d'énonciation ou d'application de la règle par la jurisprudence française, voir aussi : « *la procédure d'une instance engagée en France ne peut être régie que par la loi française* », Cass. 1^{ère} Civ., 22 février 1978, *Bull. civ. I*, n° 73, *RCDIP*, 1979, p. 593, note G. Couchez ; ou encore, plus récemment, « *dès lors que la juridiction française étant compétente, les règles de procédure française étaient applicables* », Cass. 1^{ère} Civ., 4 novembre 2009, *Bull. civ. I*, n° 218 ; JCP G 2009, p.477, obs. A. Devers ; Cass. 1^{ère} Civ., 14 avril 2010, *Bull. civ. I*, n° 92, *D.*, 2010, p.1087 ; *Gaz. Pal.* 28-29 mai 2010, p. 52, note M.-L. Niboyet.

¹⁴⁸ *RCDIP*, 1970, p.832 et spéc. p.846

¹⁴⁹ Cf. *infra* §2, B. 2.

¹⁵⁰ Souligné par nous. Définition donnée par la Commission européenne, consultable à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/glossary/lex-fori_fr.htm

¹⁵¹ Pour des exemples d'énoncé de la règle par la doctrine française, voir Horatia Muir Watt *in Dictionnaire de la justice*, sous la direction de Loïc Cadiet, PUF, 1^{ère} éd., 2004, V^o for, p.520 et spéc. p.523 : « *la loi du for exprime un principe de règlement d'un conflit de lois ; elle est celle qui régit toutes les questions de procédure soulevées à l'occasion d'un contentieux affecté d'extranéité et soumis le cas échéant au fond à une loi étrangère* » ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, n°792, p.811 : « *la soumission de la procédure à la loi du tribunal saisi est l'une des règles les plus anciennes et les moins contestées de notre droit international privé* » ; MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n°514, p.357 ; VIGNAL (T.), *Droit*

les Professeurs Audit et d'Avout, « *il est universellement admis qu'en ce qui concerne le déroulement du litige, une juridiction interne applique ses propres règles de procédure et elles seules : c'est le principe de soumission de la procédure à la loi du for* »¹⁵³. Le doyen Batiffol et Monsieur le Professeur Lagarde énoncent, quant à eux, que « *[l]a procédure à suivre dans les situations comportant un élément international est déterminée par la loi du juge saisi, la loi du for* »¹⁵⁴. La simple énonciation de cette règle suffit aux auteurs pour introduire leur chapitre, souvent bref, sur la question.

28. La doctrine belge. De façon relativement inhabituelle, les auteurs belges François Rigaux et Marc Fallon ne présentent pas la règle dès l'introduction de leur chapitre sur « la procédure dans le contentieux transfrontière ». Ils n'évoquent le « *principe suivant lequel les tribunaux appliquent, à l'exclusion de toute autre, leurs propres règles de procédure* »¹⁵⁵ qu'au début de la section sur la « délimitation de la procédure ». Il n'en reste pas moins qu'ils l'énoncent et l'acceptent comme règle de base, et même comme principe.

29. La doctrine anglaise. Fidèle à la tradition processuelle de la *Common Law*, la doctrine anglaise est souvent très prolixe à ce sujet. La règle 184 du *Dicey & Morris*¹⁵⁶ est, à cet égard, l'exemple le plus significatif et le plus célèbre. Elle prévoit expressément que « *toutes les questions de procédure sont régies par la loi nationale du pays auquel appartient la Cour au sein de laquelle les procédures judiciaires sont menées (loi du for)* »¹⁵⁷. Comme en droit français, l'universalité spatiale est souvent mise en avant dès la première phrase et l'énoncé de la règle. Il en va ainsi dans l'ouvrage de Morris. Il commence son chapitre sur la distinction entre le fond et la procédure par la phrase suivante : « *la règle selon laquelle toutes les questions de procédure sont régies exclusivement par la lex fori est parmi celles qui*

international privé, Sirey, 3^{ème} éd., 2014, n° 202, p.131 ; CACHARD (O.), *Droit international privé*, Paradigme, 3^{ème} éd., 2014, n° 165, p.95 ; CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, n° 455, p.267 ; BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°187, p.216 ; ou encore, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 653, p.447.

La doctrine processualiste affirme la règle avec la même vigueur. Voir, par exemple, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n° 18, p.12 ; CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd. Mise à jour, 2013, spéc. n°65, p.280.

¹⁵² Sur la question de savoir si la règle peut être élevée au rang de principe, voir *infra* §2 A.

¹⁵³ AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7^{ème} éd., 2013, n° 14, p.13

¹⁵⁴ BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, Tome 2, LGDJ, 6^{ème} éd., 1976, n° 695, p.447

¹⁵⁵ RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *op. cit.*, n° 11.3, p.469

¹⁵⁶ DICEY and MORRIS, *The conflict of laws*, Stevens & Sons Limited, 8th ed., 1967

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.1089 : « *All matters of procedure are governed by the domestic law of the country to which the court wherein any legal proceedings are taken belongs (lex fori)* ».

peuvent être trouvées dans tous les systèmes de conflit de lois »¹⁵⁸. Ce n'est qu'après avoir énoncé la règle, que les auteurs¹⁵⁹ posent comme principe, que les discussions sur la mise en œuvre de celle-ci, et notamment son domaine, débutent et que les divergences apparaissent.

30. Communauté de pensée. En tout temps et en tout lieu, praticiens et théoriciens du droit se sont donc toujours accordés dans la formulation de la règle selon laquelle la procédure est régie, dans les rapports internationaux de droit privé, par la loi du tribunal saisi¹⁶⁰. Cette communauté de pensée invite à s'interroger sur une possible élévation de la règle au rang de principe. Cela permettrait, d'autant plus, de démontrer l'insuffisance de la seule formulation européenne de la règle, celle-ci semblant devoir être conservée en l'état.

§2 : LA JUSTIFICATION DE L'INSUFFISANCE D'UNE FORMULATION EUROPEENNE PAR L'ELEVATION DE LA REGLE AU RANG DE PRINCIPE DE DROIT POSITIF

31. Un principe intangible ? L'ancienneté et l'universalité spatiale de la locution laissent à penser que celle-ci constitue plus un véritable principe qu'une simple règle de droit, mais encore faut-il l'établir (A). Une fois démontrée, la qualité de principe séculaire nous permettra de justifier l'insuffisance du recours à la méthode conflictuelle dans le cadre de l'action de l'Union européenne, tout du moins dans la formulation de la règle de conflit. En effet, il ne s'agirait alors que de codifier un principe universel dont la tangibilité n'est que relative (B). En effet, si une telle codification de la règle pourra toujours être utile – aussi nous ne la rejetons pas –, elle ne permettra pas de résoudre les difficultés.

¹⁵⁸ MORRIS (J.H.C.), *The conflict of laws*, Stevens & Sons Limited, 1971, p.455 : « *The rule that all matters of procedure are governed exclusively by the lex fori is one which is found in all systems of the conflict of laws* ».

¹⁵⁹ Pour d'autres exemples de doctrine anglo-saxonne, voir GRAVESON (R.H.), *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 6th éd., 1969, p.629 : « *procedure is governed entirely by the lex fori* » ; BRIGGS (A.), *The conflict of Laws*, Oxford University Press, 2nd éd., 2008, p.37 ; CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th éd., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS, p.75 ; COLLIER (J.G.), *Conflict of Laws*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2nd éd., 1994, p.64 ; RADHAKRISHNAN (A.), « Substance and procedure in Private International Law », 4 *Singapore Law Review*, (1983), p.131 ; AILES (E. H.), « Substance and Procedure in the conflict of laws », 39 *Michigan Law Review*, (1941), p.392 ; ou encore, RISINGER (M.), « “Substance” and “procedure” revisited [with some afterthoughts on the constitutional problems of “irrebuttable presumptions”] », 30 *UCLA Law Review*, (1983), p.189

¹⁶⁰ Comme le relève très justement Julio González Campos, la formulation de la règle est unanimement admise, mais « *il faut admettre aussi que, de même qu'il n'existe pas en doctrine un accord sur le fondement de la règle, sa portée n'est pas non plus égale d'un système juridique à l'autre* » (GONZALEZ CAMPOS [J.D.], « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *RCADI*, 1977, tome 156, p.227 et spéc. p.292). Ainsi, si la formulation de la règle connaît un retentissement universel, sa mise en œuvre est, au contraire, sujette à de nombreuses difficultés et divergences. Ce sont ces difficultés que l'Union européenne devra minimiser, si ce n'est annihiler, en agissant sur la définition de la catégorie (cf. *infra*, Titre 2) et surtout, selon nous, en adoptant des règles matérielles (cf. *infra*, Partie 2). Sur les fondements, cf. *infra*, Chapitre 2.

A. La règle *lex fori regit procesum* : un principe de droit positif

32. Un principe de droit positif. La règle ici étudiée pourrait, selon Monsieur Dominique Foussard, aisément « *se hisser à la hauteur d'un principe* »¹⁶¹. Cependant, avant de voir si la règle *lex fori regit procesum* peut effectivement être qualifiée de principe de droit positif (2), il apparaît nécessaire de définir cette notion (1).

1. *Définition de la notion de principe de droit positif*

33. Définition générale. Étymologiquement, le terme *principe* vient du latin *principium* désignant le commencement, l'origine, le point de départ¹⁶². La définition la plus générale qui lui est accordée est, sans doute, celle donnée par Monsieur le Professeur Philippe Jestaz. Selon l'auteur, « *est principe la norme qu'on appelle ainsi pour lui attribuer, à tort ou à raison, une importance particulière* »¹⁶³.

Cependant, bien que le terme soit amplement utilisé par l'ensemble du monde juridique, la notion semble difficilement définissable¹⁶⁴ et plusieurs acceptions, plus précises, peuvent être trouvées. L'on s'aperçoit alors que les auteurs ne s'accordent même pas sur l'étendue de cette polysémie. Le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de Monsieur le Professeur Cornu ne présente, par exemple, pas moins de sept définitions¹⁶⁵ alors que le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* en avance cinq¹⁶⁶.

¹⁶¹ FOUSSARD (D.), « La loi étrangère dans le domaine de la procédure », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.347 et spéc. p.348.

¹⁶² REY (A.) (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Édition Dictionnaire Le Robert, 4^{ème} éd., 2010, V^o Principe, p.1765.

¹⁶³ JESTAZ (P.), « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p.225.

¹⁶⁴ Le doyen Ripert renonce même, en définitive, à une telle entreprise de définition. En effet, il relève qu'« [e]n définitive, les principes juridiques ce sont les grandes règles qui président au maintien de l'ordre essentiel. Leur existence dépend de notre conception du droit » (RIPERT [G.], *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p.345).

¹⁶⁵ V^o Principe, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.804 : « Règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques » (valeurs fondamentales) ; « Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure » (précepte) ; « Maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif » (adage, coutume) ; « Nom donné à une maxime intransgressable ; règle tenue pour absolue » ; « Règle générale qui doit, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière, régir une sorte de cas, par opposition à exception » ; « Élément essentiel qui caractérise un régime, une Constitution » ; « Au sens de Montesquieu, ressort qui permet à un régime de fonctionner ».

¹⁶⁶ ARNAUD (A.-J.) (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, V^o Principes du droit, p.474 et spéc. p.475 : « principe positif du droit », « principe implicite du droit », « principe extrasystémique du droit », « principe-nom du droit » et « principe-construction du droit ».

34. Les cinq définitions du principe d'Antoine Jeammaud¹⁶⁷. Monsieur Jeammaud présente, dans une dimension doctrinale, plusieurs variétés de principes. Ceux-ci sont largement inspirés de la typologie établie par Jean Boulanger, il y a plus de 60 ans¹⁶⁸. Ces différentes significations, au nombre de cinq, sont les suivantes :

- « *des choses, des entités, des objets idéels, demeurant extérieurs et traités comme supérieurs, en valeur, au droit positif* »¹⁶⁹ ;
- « *les lignes de force ou les tendances de l'évolution d'un segment du droit positif, qu'il s'agisse d'introduire une description plus détaillée de la matière ou de s'en tenir à ce niveau de relative généralité* »¹⁷⁰ ;
- « *certains énoncés normatifs du discours législatif ou la substance normative qui constitue le signifié de ces dispositions. Il s'agit de dire leur importance, de souligner leur valeur [...] ou au moins leur prestige et leur "poids"* »¹⁷¹ ;
- « *synonyme d'"exigence", ou simplement de "critère"* »¹⁷² ;
- « *une solution, une réponse à une question de droit* »¹⁷³.

À s'en tenir à ces propositions, la règle attribuant compétence à la loi du for pour régir la procédure ne semblerait pouvoir entrer que dans la troisième catégorie de principes¹⁷⁴. Cependant, si la définition paraît correspondre, il n'en reste pas moins qu'elle ne nous permet pas de démontrer en quoi il s'agirait d'un principe.

35. La typologie ternaire d'André Lalande. Dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, André Lalande établit une typologie selon laquelle il existerait trois grandes catégories de principe¹⁷⁵ : le principe ontologique (« *ou l'explication de ce qui est* »), le principe de logique (« *ou l'expression de ce que la raison impose* ») et le principe normatif

¹⁶⁷ JEAMMAUD (A.), « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, sous la direction de S. CAUDAL, Economica, 2008, p.49

¹⁶⁸ BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, Tome I, 1950, p.51

¹⁶⁹ JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, p.53

¹⁷⁰ *Ibid.*, p.54

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*, p.56

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ De prime abord, la cinquième et dernière définition pourrait également convenir. Ce serait toutefois oublier que cette signification est plutôt vue de façon péjorative par l'auteur qui regrette un tel usage du terme « principe » dénonçant un « *indice de pauvreté de la terminologie ou d'un fâcheux manque de rigueur dans l'expression* ». Sont en fait rangées dans cette catégorie toutes les solutions des décisions jurisprudentielles que la doctrine qualifie abusivement de « principe » alors qu'il ne s'agit que de la solution au problème de droit posé, sans considération d'importance ou de valeur. Envisagée sous cet angle, la règle qui nous occupe ici est évidemment loin de constituer la solution à un problème de droit.

¹⁷⁵ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd. « Quadrige », 2010, V^o Principe, p.827

(« ou l'expression de ce qui doit être »)¹⁷⁶. Le premier aurait trait aux principes de philosophie¹⁷⁷ et englobe ceux qui rendent « compte d'une chose, ce qui en contient ou ce qui en fait comprendre les propriétés essentielles et caractéristiques »¹⁷⁸. Le deuxième type de principe englobe ceux relatifs à la Science du Droit ; il s'agit de « l'ensemble des propositions directrices caractéristiques, auxquelles tout le développement ultérieur doit être subordonné »¹⁷⁹. Enfin, la troisième catégorie de principe, le principe normatif, est celui qui a trait au Droit lui-même et qui énonce « une règle ou une norme d'action clairement représentée à l'esprit, énoncée par une formule »¹⁸⁰.

36. La normativité de la règle *lex fori regit procesum*. En suivant cette terminologie et les développements qui y sont consacrés par Monsieur le Professeur Morvan, il nous semblerait que la règle *lex fori regit procesum*, si tant est qu'elle en réunisse les critères¹⁸¹, constituerait un principe normatif¹⁸². En effet, elle nous semble être un principe qui « édicte une règle de conduite obligatoire » et « relève du droit positif substantiel »¹⁸³ en ce qu'elle constitue, nous l'avons longuement évoqué, une véritable règle de droit positif.

Cependant, le doute semble permis puisque l'auteur exclut expressément des principes normatifs certains adages connus du droit international privé et proches du nôtre. Ainsi, il considère que les règles *actor sequitur forum rei*¹⁸⁴, *auctor regit actum*¹⁸⁵ ou encore *locus regit actum*¹⁸⁶, même si elles ont été ponctuellement consacrées en droit positif, constituent des principes de logique et non normatifs dans la mesure où elles « ne proposent en réalité que des options indicatives, facultatives et contradictoires au juge qui désire y puiser »¹⁸⁷.

Néanmoins, l'assimilation de la règle qui nous occupe ici à ces célèbres préceptes de droit international privé est loin d'être certaine. En effet, Monsieur le Professeur Morvan relève le caractère facultatif et indicatif de ces règles pour justifier leur exclusion des

¹⁷⁶ MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 2, p.4.

¹⁷⁷ Pour une distinction entre philosophie, Science du Droit et Droit, cf. MORVAN (P.), *Ibid.*, n° 30 et s., pp.34 et s.

¹⁷⁸ LALANDE (A.), *loc. cit.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.828

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Cf. *infra*, 2.

¹⁸² Sur la distinction entre principe normatif, principe général et principe directeur, voir NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Préface d'Y. Lequette, Dalloz, 2005, n° 36, pp. 36 et s.

¹⁸³ MORVAN (P.), *op. cit.*, p.36

¹⁸⁴ « Le demandeur doit poursuivre le défendeur devant son tribunal » (ROLAND [H.], *Lexique juridique – Expressions latines*, Litec, 5^{ème} éd., 2010)

¹⁸⁵ « L'autorité gouverne l'acte » (*Ibid.*)

¹⁸⁶ « Le lieu régit l'acte » (*Ibid.*)

¹⁸⁷ *Ibid.*, note 152, p.41.

principes normatifs. Il est vrai que si ces dernières posent la solution générale, elles n'en sont pas moins souvent concurrencées par d'autres. L'exemple de l'adage *actor sequitur forum rei* est très significatif. Que ce soit en droit commun français ou en droit européen, la règle attribuant compétence aux juridictions de l'État où le défendeur a son domicile est effectivement posée comme la règle de base. Mais de nombreuses options de compétence (en matière délictuelle et contractuelle, par exemple) voire des dérogations à la règle (matière réelle immobilière) viennent la concurrencer. Or, la soumission de la procédure à la loi du for est, comme l'indique l'étude du droit positif et de la doctrine européenne, loin d'être facultative et indicative. Par ailleurs, il nous semblerait regrettable de dénier la formidable positivité de la règle pour n'y voir qu'un principe de Science du Droit et non de Droit.

Ainsi retenue la normativité de notre règle, il nous est possible d'étudier les critères de reconnaissance d'un principe qu'a pu, entre autres, poser Monsieur le Professeur Morvan.

2. *L'élévation de la règle *lex fori regit procesum* au rang de principe de droit positif*

37. « Ancienneté, généralité, évidence »¹⁸⁸. Pour Dominique Foussard, la règle qui nous intéresse dans le cadre de notre étude serait un principe en raison de son ancienneté, sa généralité, et son évidence. L'ancienneté de la règle n'est plus à démontrer¹⁸⁹. Quant à la généralité d'un principe, il faut commencer par poser le fait qu'elle ne doit pas être confondue avec la généralité de la simple règle de droit. Jean Boulanger retient ainsi qu'« *une règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Mais sous un certain rapport, elle est spéciale, en ce qu'elle ne régit que tels actes ou tels faits. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications* »¹⁹⁰. Dans notre cas, cela pourrait provenir de sa formulation qui concerne une matière, un ensemble de règles¹⁹¹. Par la suite, c'est chaque règle de procédure du for, prise

¹⁸⁸ FOUSSARD (D.), *loc. cit.*

¹⁸⁹ Cf. *supra*, §1, A.

¹⁹⁰ BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, Tome I, 1950, p.51, spéc. p.56

¹⁹¹ Nous rejoindrions alors la distinction opérée par Roscoe Pound à propos des règles et des principes. POUND (R.), *An introduction to the philosophy of Law*, Yale University Press, 1922, spéc. p.115 et s. : « *Rules, that is, definite, detailed provisions for definite, detailed states of fact, are the main reliance of the beginnings of law. In the maturity of law they are employed chiefly in situations where there is exceptional need of certainty in order to uphold the economic order. With the advent of legal writing and juristic theory in the transition from the strict law to equity and natural law, a second element develops and becomes a controlling factor in the administration of justice. In place of detailed rules precisely determining what shall take place upon a precisely detailed state of facts, reliance is had upon general premises for judicial and juristic reasoning. These legal*

une par une, qui se verra appliquée au litige pendant devant le juge. Il s'agirait donc bien d'un principe en ce qu'il est « *dégagé d'un ensemble de règles liées entre elles par une relation logique* »¹⁹². Enfin, à propos de l'évidence de la règle, il suffit, pour s'en convaincre, de se référer aux quelques développements qui sont consacrés à l'étude de la règle par la doctrine de droit international privé¹⁹³. La formulation de la règle posée en la matière y apparaît d'une évidence certaine aux yeux des auteurs.

Ces éventuels critères de reconnaissance d'un principe semblent repris ou, tout du moins, inspirés de la réflexion menée, sur ce thème, par le doyen Georges Ripert¹⁹⁴. L'auteur y exprimait l'insuffisance de chacun de ces caractères, pris isolément, pour justifier l'élévation d'une règle de droit au rang de principe. Mais, combinés, ces critères semblent nécessairement être le signe de l'existence d'un principe de droit positif. En effet, alors qu'une part de la doctrine voit dans des règles anciennes ou générales ou évidentes des principes, ce que réfute Ripert, comment ne pas considérer comme telle une règle à la fois ancienne, générale et évidente ? Dès lors, la règle *lex fori regit procesum* pourrait donc, effectivement, aisément être qualifiée de principe de droit positif. D'autres auteurs ont, néanmoins, posé des critères distincts de reconnaissance d'un principe normatif. Réaliser ces autres critères achèverait nécessairement d'emporter notre conviction sur la nature véritable de notre règle.

38. Les critères formels et matériels. La lecture de la thèse de Monsieur le Professeur Morvan¹⁹⁵ fait émerger d'autres indices de l'existence d'un principe. Selon l'auteur, il existerait deux critères cumulatifs permettant de caractériser un principe normatif. Le premier est le critère formel : « *est principe [...] la norme exprimée formellement comme telle* »¹⁹⁶. Le second critère, le critère matériel, se décompose en deux branches alternatives : extériorité du principe au droit écrit ou « *déambulation* » dans d'autres ordres juridiques¹⁹⁷. Ainsi, « *un principe de droit privé ne pourra être inscrit dans la lettre de la loi, et donc privé*

principles, as we call them, are made use of to supply new rules, to interpret old ones, to meet new situations, to measure the scope and application of rules and standards and to reconcile them when they conflict or overlap. »

¹⁹² NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Préface d'Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 49, 2005, n°31, p.33

¹⁹³ Pour des références, cf. *supra* §1, B.

¹⁹⁴ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p.325 et s.

¹⁹⁵ MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 1999

¹⁹⁶ *Ibid.*, n° 354, p.309

¹⁹⁷ *Ibid.*

de toute extra-textualité, que s'il démontre son aptitude à déambuler dans un ou plusieurs autres ordres juridiques »¹⁹⁸.

Le critère matériel, dans sa seconde alternative, est d'ores et déjà démontré. En effet, il a, auparavant, été évoqué l'universalité spatiale de la règle. Cette dernière se retrouve, par ailleurs, dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne sous la forme de l'autonomie procédurale¹⁹⁹.

La réalisation du critère formel semble, cependant, plus délicate. Il n'apparaît jamais, dans la jurisprudence, un visa de principe reprenant la règle selon laquelle la procédure est soumise à la loi du for²⁰⁰. Néanmoins, l'étude de celle-ci laisse supposer la possibilité d'y voir un principe que Monsieur le Professeur Morvan appelle « *embryonnaire* »²⁰¹. En effet, même s'il n'est jamais évoqué ni le caractère historique de la règle ni même le « principe de soumission de la procédure à la loi du for » dans les arrêts de la Cour de cassation, la présence de la règle dans les attendus de principe²⁰² constitue un indice de la réalisation du critère en question. Une formulation empreinte d'évidence et la reconnaissance formelle par la doctrine de l'existence du principe renforcent cette position.

Les deux critères, matériels et formels, nous paraissent donc bien réunis. Dès lors, la règle selon laquelle la procédure est régie par la loi du for peut, effectivement, être considérée comme un principe normatif de droit positif. Or, l'importance particulière normalement accordée aux principes, associée à son universalité déjà évoquée, nous semble permettre de justifier pleinement notre position. La seule formulation d'une règle de conflit unifiée par l'Union européenne en matière de procédure serait tout à fait insuffisant pour effacer les problèmes en la matière. Il ne s'agirait que de reprendre, sans le modifier, un principe universellement reconnu.

¹⁹⁸ *Ibid.*, n° 486, p.446

¹⁹⁹ Pour plus de développements sur l'autonomie procédurale, cf. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1

²⁰⁰ Certains principes beaucoup plus généraux (« *Vu les principes du droit international privé français* », Cass. 1^{ère} civ. 6 juillet 1988, *Bull. civ. I* n°224, *RCDIP* 1989, p. 71, note Y. Lequette) ou, au contraire, beaucoup plus précis (« *Vu les principes du droit international privé en matière de preuve de la loi étrangère* », Cass. 1^{ère} civ. 2 février 1988, *Bull. civ. I*, n° 29, *JDI* 1988, p. 741, note D. Alexandre ; *RCDIP* 1989, p. 55 [1^{ère} esp.], note B. Ancel) peuvent être relevés, mais aucun ne reprend la règle telle que nous l'étudions.

²⁰¹ MORVAN (P.), *op. cit.*, n°357, p.312

²⁰² Voir, par exemple, Cass. 1^{ère} Civ., 4 décembre 1990, *Bull. civ. I*, n°272 ; *JDI*, 1991, p. 371, note D. Bureau ; *RCDIP*, 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy : « *l'exigence d'un intérêt né et actuel est commandée, en raison de son caractère procédural, par la loi du for* » ; Cass. 1^{ère} Civ., 22 février 1978, *Bull. civ. I*, n° 73, *RCDIP*, 1979, p. 593, note G. Couchez : « *la procédure d'une instance engagée en France ne peut être régie que par la loi française* ».

B. Un principe de droit positif justifiant l'insuffisance de la formulation d'une règle de conflit européenne

39. L'insuffisance partielle de la méthode conflictuelle. L'existence d'un principe universel en matière de procédure connu en tout temps (1) et en tout lieu (2) paraît démontrer qu'il ne faut pas remettre en cause la règle telle qu'elle est connue aujourd'hui. Aussi, il ne s'agirait que de reprendre un principe consensuel. Dès lors, aussi utile que soit la codification d'une telle règle – ce que nous n'excluons pas –, une action limitée à la seule formulation d'une règle de conflit déjà commune semblerait insuffisant pour lever les obstacles à la libre circulation des jugements, obstacles qui justifient l'action de l'Union européenne²⁰³.

1. *La valeur de l'argument historique dans le cadre de l'action de l'Union européenne*

40. Le statisme limité des règles. Pour la doctrine, l'argument historique est de poids concernant la conservation d'un principe puisque le droit serait essentiellement statique (a). Néanmoins, une forme d'évolution n'est pas impensable puisque statisme ne semble pas contraire à la possible adaptation de la règle (b).

a. La vocation statique du droit

41. Un statisme naturel. La longévité d'une règle de droit, son ancrage historique rend difficile, voire non souhaitable, sa modification. Cela est d'autant plus vrai si cette règle a été érigée en un principe de droit, comme c'est, selon nous, le cas dans notre étude. Le doyen Ripert, dans sa section entièrement consacrée au statisme du droit dans son célèbre ouvrage sur *Les forces créatrices du droit*²⁰⁴, parle même de règles dont « *il est de leur nature de durer et non de changer* »²⁰⁵. Selon l'auteur, le « *droit [...] prend sa valeur dans la continuité* » et « *y prend en même temps sa légitimité* »²⁰⁶.

L'argument principalement avancé est celui de l'inconnu d'une nouvelle règle face aux habitudes de l'ancienne. Le doyen Ripert exprime à ce propos le fait « *[qu'u]ne règle qui*

²⁰³ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1

²⁰⁴ RIPERT (G.), *op. cit.*, pp 1-30

²⁰⁵ *Ibid.*, p.4. Voir également ATIAS (C.), « Présence de la tradition juridique », *R.R.J.*, 1997, p.387 et spéc. p.389 : « *Par nature, le droit est tradition* ».

²⁰⁶ RIPERT (G.), *op. cit.*, p.2. Cette idée est également mise en avant par Monsieur le Professeur Atias qui exprime l'idée que les « *juristes français d'aujourd'hui sont les héritiers des juristes du passé parce qu'ils ne sauraient faire l'économie de ce que leur apprennent les grands juristes romains et ceux du Moyen-âge* » (ATIAS [C.], *op. cit.*, spéc. p.388)

s'applique depuis des siècles est moins dangereuse, heurterait-elle la raison, qu'une règle de sage apparence qui n'a pas encore été éprouvée et peut se révéler mauvaise à l'usage »²⁰⁷. Pour finir d'emporter la conviction, il prend l'exemple de la jurisprudence. Elle prend toute sa valeur et sa force de conviction dans sa continuité. Le changement – le revirement – constitue un événement d'une extrême importance témoignant de la nature intrinsèquement statique de la règle de droit²⁰⁸.

L'argument historique apparaît même avec plus de force dans le cadre du droit international privé. Ainsi, certains auteurs ont pu relever que la matière dans le cadre de laquelle s'inscrit notre étude serait « *la seule matière juridique où l'argument d'histoire constitue un élément de droit positif* »²⁰⁹.

42. Le respect de la tradition juridique appliqué à la procédure en droit international privé. Plus particulièrement dans notre cas, il apparaîtrait étonnant de venir, aujourd'hui, reconsidérer un véritable principe vieux de près de huit siècles alors qu'aucun élément ne semble le remettre en cause, tout du moins dans sa substance. Il peut, tout d'abord, se justifier même si les fondements qui le sous-tendent ont évolué²¹⁰. Ensuite, il fait l'unanimité de la doctrine et du droit positif des pays européens²¹¹. Enfin, bien que certains auteurs semblent le contester, leurs arguments démontrent plus une volonté de repenser la définition de la catégorie et les fondements du principe que sa réalité propre. Ainsi, Madame le Professeur Niboyet, dans son article pourtant intitulé « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure »²¹², soulève certaines difficultés en la matière. Mais, « *sans contester l'opportunité du choix de la loi du for pour régir un grand nombre de questions procédurales* », relève que « *ce questionnement invite à revenir sur son fondement puis sur son domaine* »²¹³.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que Monsieur le Professeur Christian Atias élève au rang des arguments qui « *condamnent irrémédiablement le respect de la tradition juridique* »²¹⁴, l'action de l'Union européenne. En effet, il observe que la propre tradition

²⁰⁷ RIPERT (G.), *op. cit.*, p.10

²⁰⁸ *Ibid.*, p.11 : « *La jurisprudence du tribunal saisi est volontiers citée par les avocats pour convaincre le juge qu'il faut maintenir une solution. La rupture de la jurisprudence établie est une chose grave, car elle crée le désordre dans l'application des règles juridiques.* »

²⁰⁹ Ibrahim Fadlallah, cité par Jacques Foyer, *RCDIP* 1981, p.603

²¹⁰ Cf. *infra*, Chapitre 2

²¹¹ Cf. *supra*, §1, B.

²¹² NIBOYET (M.-L.), « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.363

²¹³ *Ibid.*, p.365

²¹⁴ ATIAS (C.), *loc. cit.*

juridique de chaque État européen est difficile à conserver dans la mesure où l'Union européenne entreprend un rapprochement des droits, les deux étant souvent divergents. Or, l'universalité spatiale de la règle, dans sa formulation, permet, au contraire, de renforcer le respect de la tradition juridique des États en conciliant le respect de celle-ci et le rapprochement voire l'unification des législations européennes.

L'argument historique ainsi avancé tend à démontrer que la règle selon laquelle la procédure est régie, en droit international privé, par la loi du juge saisi n'a pas à être modifiée. Aussi, l'action de l'Union européenne ne tendrait qu'à codifier un principe consensuel. Cela permettrait certes plus de sécurité juridique, et la possibilité de préciser son domaine. Aussi, elle n'est pas rejetée. Toutefois, la seule formulation de la règle ne réglerait aucun problème.

Néanmoins, la nécessité de conserver la règle parce qu'elle est ancienne ne signifie aucunement qu'elle ne doit pas connaître des adaptations.

b. La possible adaptation des règles

43. La possible adaptation des règles anciennes. Si, dans son article, Madame le Professeur Niboyet ne rejette pas la règle en son principe, il y est tout de même question, sans doute à juste titre, d'une adaptation et d'un assouplissement de la règle. Elle préconise, ainsi, de laisser une place pour la prise en considération de la loi étrangère. Elle avance même l'idée d'une certaine contractualisation de la procédure et donc une possibilité, pour les parties, de choisir la loi qui leur serait, procéduralement, applicable²¹⁵.

Or, même si la stabilité du droit semble être le plus souhaitable pour les auteurs, rien n'interdit une adaptation des règles qui ne viendrait pas pour autant remettre en cause complètement le système. Pour le doyen Ripert, « *le juriste qui dénonce la sénescence de certaines règles et en propose d'autres n'a pas le dessein d'ébranler le statisme du droit. Pour lui l'esprit de réforme se concilie parfaitement avec l'esprit de conservation. Réparer le vieil édifice c'est empêcher qu'il risque de s'écrouler. L'adaptation des règles anciennes à des situations nouvelles est une forme heureuse de la conservation* »²¹⁶. Il conviendrait, alors, de conserver la règle en son principe tout en ouvrant la voie à la loi étrangère et en adaptant sa mise en œuvre, particulièrement son domaine, comme cela semble être la dynamique actuelle.

44. Une possible adaptation permise par l'ancienneté des règles. Pour l'auteur, c'est même l'ancienneté de la règle qui permet l'acceptation de ses exceptions : « *[l]oin*

²¹⁵ Sur cette question, voir *infra*, Section 3

²¹⁶ RIPERT (G.), *op. cit.*, p.4 et s.

d'empêcher les améliorations utiles, l'ancienneté des lois les favorise. Il est facile de réparer un vieil édifice si les murs sont assez solides pour que les travaux de réfection ne les ébranlent pas. La stabilité de l'ordre juridique autorise même les exceptions et les dérogations temporaires. Comme on ne saurait se tromper sur leur caractère, les principes essentiels restent intacts »²¹⁷.

Le caractère résolument séculaire de la règle ne rend donc celle-ci ni désuète ni intangible. Elle semble devoir être conservée en son principe, notamment²¹⁸ parce qu'elle a éprouvé les siècles. Pour autant, cela ne signifie pas que des adaptations ne doivent pas être apportées. L'action de l'Union européenne ne devrait simplement donc pas permettre de revenir sur la formulation du principe, mais pourra – et même devra – agir sur sa mise en œuvre²¹⁹. Cette limitation de l'action de l'Union européenne dans le cadre de la méthode conflictuelle est d'autant plus évidente que la règle est connue de tous les pays européens.

2. La valeur de l'argument spatial dans le cadre de l'action de l'Union européenne

45. Une communauté de pensée rare en Europe. La communauté de pensée des États de l'Union européenne sur la formulation de la règle soumettant la procédure à la loi du for est sans doute un argument encore plus fort que l'argument historique quant à la conservation, en l'état, du principe *lex fori regit procesum*. En effet, il est peu courant que tous les États membres soient en accord sur une question d'où les fréquentes difficultés d'adoption des instruments européens.

L'exemple du règlement Rome III²²⁰ est, sans doute, à cet égard, le plus significatif. Il est le fruit d'une très longue concertation. Un véritable règlement n'ayant pas abouti, celui-ci n'a finalement été adopté qu'entre quatorze États dans le cadre de la coopération renforcée en matière civile. Cette difficulté s'explique par le fait que cela touche au domaine familial qui reste l'une des disciplines les plus fragiles au niveau européen, car empreint d'une forte part culturelle. Or, on peut se demander si la procédure civile est empreinte de cette même valeur

²¹⁷ *Ibid.*, p.22

²¹⁸ Pour d'autres justifications à la règle, cf. *infra* chapitre 2

²¹⁹ Cf. *infra*, Titre 2

²²⁰ Règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE L343/10 du 29 décembre 2010.

culturelle²²¹. La place aujourd'hui accordée à la souveraineté en la matière tend à le faire penser même si tous les auteurs ne partagent pas ce point de vue. Ainsi, certains ont relevé qu'« *[o]n peut supposer que les États accepteront plus facilement une harmonisation des règles procédurales qu'une harmonisation des règles de fond portant sur des sujets sensibles, tels les obligations alimentaires* »²²². Quelle que soit cette part culturelle, celle-ci ne jouerait pas tant sur l'unification de la règle de conflit que sur l'unification des règles matérielles.

Cette possible difficulté est, néanmoins, totalement exclue pour la formulation de la règle conflictuelle qui nous occupe, car, comme démontré précédemment, elle est connue et reconnue de tous les systèmes juridiques européens qui l'érigent fréquemment en un véritable principe. Il n'y aurait donc aucune difficulté d'ordre culturel à « unifier » la règle soumettant la procédure à la loi du for. Une telle action sera alors possible, facilitée par le consensus existant sur cette règle que nous ne pensons pas devoir être remise en cause. Mais, une fois encore, cela ne permettra pas d'enrayer les difficultés.

46. Une communauté de pensée déjà actée. L'Institut de Droit international a, dès 1877, lors de la Session de Zurich, transcrit cette règle dans la résolution portant sur les « Règles internationales proposées pour prévenir des conflits de lois sur les formes de la procédure ». L'article 2 de cette dernière prévoit ainsi que « *les formes ordinatoires de l'instruction et de la procédure seront régies par la loi du lieu où le procès est instruit* ».

Par ailleurs, les renvois fréquents des autorités européennes au principe de l'autonomie procédurale laissent à penser que la règle est d'ores et déjà entrée dans le droit positif de l'Union européenne. Un acte supplémentaire ne nous semble donc pas opérant pour résoudre les difficultés en la matière.

47. Conclusion de la section. L'universalité temporelle et spatiale du principe soumettant la procédure à la loi du for dans les rapports internationaux de droit privé conduit à s'interroger sur l'efficacité de la formulation d'une règle de conflit unifiée dans le cadre de l'Union européenne. Certes, la codification et l'institutionnalisation de la règle ne peuvent qu'être bénéfiques au regard de l'accessibilité du droit et de la prévisibilité. Aussi, nous ne remettons pas en cause son adoption par les instances européennes. Mais formaliser, dans un acte, un principe universellement reconnu, qui ne nous semble pas devoir être modifié dans sa

²²¹ En ce sens, voir BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, p.217, note 5 *in fine* et Tome II – Partie spéciale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°620-12, p.13.

²²² CORNETTE (F.), « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 52, p. 11.

formulation, ne permettra pas, en soi, d'éradiquer les difficultés liées à la matière. L'action de l'Union européenne ne retrouvera alors sa pleine efficacité que lorsqu'elle portera sur la mise en œuvre de la règle de conflit, ou, mieux encore comme nous tenterons de le démontrer, sur les règles matérielles elles-mêmes. Concernant particulièrement l'action relative à la méthode conflictuelle, les limites de cette intervention et la forme que pourra prendre celle-ci ne seront envisageables qu'après avoir établi la nature de la règle *lex fori regit procesum*. Celle-ci, en dépit de la formidable universalité du principe, est source de nombreuses divergences doctrinales.

SECTION 2 : LA REGLE *LEX FORI REGIT PROCESUM* : UNE NATURE INDEFINIE

48. La nature indéfinie de la procédure et de la règle. La définition d'une règle — et donc son exposé — passe également par la définition de sa nature. Or, en la matière, les positions doctrinales divergent, ce qui n'est pas sans incidence sur l'admission de possibles dérogations à la règle précédemment évoquée. La raison principale de ces difficultés vient de la nature de la procédure en droit interne et de sa place dans la *summa divisio* droit privé – droit public (§1). C'est cette définition de la place de la procédure qui influence directement la nature de la règle ici étudiée (§2).

§1 : *LA PLACE DE LA PROCEDURE DANS LA SUMMA DIVISIO INTERNE DROIT PRIVE – DROIT PUBLIC*

49. Une conception mixte de la procédure. Bien que les positions de la doctrine contemporaine semblent converger, il n'existe pas véritablement de consensus sur la nature publique ou privée de la procédure en droit interne. L'une s'établissant en fonction de l'autre, les difficultés se répercutent sur la nature de la règle en droit international privé. Si diverses conceptions, tant publicistes que privatistes peuvent être exposées (A), c'est la conception de la procédure comme droit mixte qui sera adoptée dans le cadre de cette étude (B).

A. Les différentes conceptions relatives à la nature de la procédure

50. La procédure comme branche du droit public ou du droit privé. Outre celle qui aura notre préférence et qui constituera l'objet d'une étude ultérieure, deux conceptions extrêmes s'opposent quant à la nature de la procédure. Ces deux conceptions seront analysées successivement en commençant par la conception publiciste (1) avant de traiter de la conception privatiste (2).

1. La conception publiciste de la procédure

51. La procédure comme régulatrice du service public de la Justice. Pour certains auteurs²²³, le droit judiciaire privé (procédure au sens strict incluse) a pour objet essentiel d'assurer le fonctionnement du service public qu'est la Justice. Il est à noter, cependant, que cette position est l'apanage d'auteurs anciens peu représentés aujourd'hui.

²²³ Voir, par exemple, MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 2^{ème} éd., 1949, p.6 ; ou encore TISSIER (A.), « Le centenaire du code de procédure et les projets de réforme », *RTDCiv.*, 1906, p.652.

Selon la conception française, un service public est défini comme « *une forme de l'action administrative dans laquelle une personne publique prend en charge ou délègue, sous son contrôle, la satisfaction d'un besoin d'intérêt général* »²²⁴. De cette définition ressortent deux critères, à savoir l'existence d'un intérêt général et, directement ou indirectement, d'une personne publique²²⁵. Leur analyse permet d'affirmer que la Justice est bien un service public²²⁶. En effet, le premier critère, l'intérêt général, désigne l'intérêt « *de la collectivité nationale et de l'État souverain qui l'incarne* »²²⁷. Y sont rangées les activités dites « régaliennes » telles que la Justice, activités qui, par la suite, ont été constitutionnalisées²²⁸. Par ailleurs, ces services publics constitutionnels doivent, *a priori*, être régis par des organes publics. Or, la Justice, hors certaines formes de règlement amiable des litiges et hors arbitrage, est assurée par les juges, institués par l'État. Elle est représentée par le Ministère de la Justice.

La procédure permettrait alors de régir ce service public et donc les rapports entre les citoyens et l'État dans sa fonction de juge²²⁹. De cette dernière, primordiale pour les auteurs partisans de cette conception, découle la nature publiciste du droit judiciaire privé. La justice est une fonction régaliennne assurée par l'État et de ce fait, les règles qui la régissent sont des règles de droit public. À titre d'illustration de cette position, Domat avait même intégré ces questions dans le livre IV de son *Traité de droit public* sous le titre « *Des manières de terminer les procès et les différends, et de l'ordre judiciaire* »²³⁰. Cette vision publiciste dépasse, par ailleurs, les frontières françaises puisque c'était aussi la conception retenue, par exemple, par l'auteur allemand Savigny²³¹.

Néanmoins, il est intéressant de noter que la plupart de ces auteurs, si ce n'est tous, relèvent une part de droit privé concernant la procédure qu'ils préférèrent écarter au profit du

²²⁴ WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 25^{ème} éd., 2014, n°359, p.378.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Pour une interrogation sur le fait de savoir si la justice était ou non un service public, voir VALTIER (B.), « La justice est-elle un service public ? », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p.141.

²²⁷ WALINE (J.), *op. cit.*, n°360, p.378

²²⁸ CC 26 juin 1986, FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), ROUX (A.), OLIVA (E.) et PHILIP (L.), *Les grands décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2013, n°17 qui relèvent que « Parmi les services publics dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution, on peut citer : les services publics [...] de la justice » (§27).

²²⁹ En ce sens, voir, par exemple, SZÁSZY (I.), *International civil procedure – A comparative study*, A. W. Sijthoff-Leyden, 1967, p.4

²³⁰ Cité par CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire...*, *op. cit.*, n° 11, p.6

²³¹ SAVIGNY (F.), *Traité de droit romain*, Tome 8, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et cie, 2^{nde} éd., 1860, note a p.118. Cité, parmi d'autres auteurs, par TISSIER (A.), « Le centenaire du... », *loc. cit.*

droit public, qu'ils estiment prépondérant. Ils rejettent, ainsi, non seulement la conception privatiste, mais également la conception mixte du droit judiciaire privé et de la procédure.

2. La conception privatiste de la procédure

52. La régulation des rapports de droit privé. D'autres auteurs²³², totalement à l'inverse, considèrent que la procédure est un droit de nature privée. Là encore, ils ne nient pas qu'il y ait certaines règles de nature publique en droit judiciaire privé. Mais celles-ci ne concerneraient que les règles d'organisation judiciaire²³³ et non celles de procédure proprement dite (ils reprennent alors la justification liée à la souveraineté et au service public de la Justice).

Selon cette conception, les règles de procédure civile serviraient uniquement à régir des rapports entre personnes privées ou plus précisément régir les résolutions de conflits entre celles-ci²³⁴. Elles n'intéresseraient donc pas l'État et le droit public, mais le droit privé. En effet, les règles de procédure ne créeraient pas un lien entre l'État et un citoyen, mais permettraient de régir des conflits entre justiciables de droit privé dans le cadre du service public de la Justice. Messieurs Roland et Boyer expriment cette idée en relevant que les règles de procédure seraient « *des matières de droit privé pour cette raison que le service de la justice ne fonctionne pas comme les services administratifs, du fait que l'autorité judiciaire a pour fonction la protection des droits privés* »²³⁵.

53. Le caractère « sanctionnateur » de la procédure²³⁶. Un autre argument soutenant la conception privatiste de la procédure vient de la nature « *servante* » de celle-ci²³⁷. Le droit judiciaire privé dans son ensemble, et la procédure en particulier, n'existerait pas comme matières en tant que telles et ne serait là que pour permettre l'application et la sanction des

²³² Voir, par exemple, CROZE (H.) et MOREL (C.), *Procédure civile*, PUF, 1^{ère} éd., 1988, p.16 ; MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009 ; ou encore, ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 2002, n° 249 et 275, p.96 et 104.

²³³ L'organisation judiciaire se définit comme « *l'ensemble des organes chargés d'assurer le fonctionnement du service public de la justice* » et « *l'ensemble des règles qui déterminent la hiérarchie, la composition et la compétence des juridictions ainsi que le statut des magistrats et des auxiliaires de la justice* » (V^o Organisation, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.720).

²³⁴ Sous réserve des cas exceptionnels de compétence de la juridiction judiciaire en droit administratif (par exemple, les litiges relatifs à la voie de fait).

²³⁵ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *loc. cit.*

²³⁶ L'expression est de Messieurs les Professeurs Cadiet et Jeuland (CADIET [L.] et JEULAND [E.], *Droit judiciaire...*, *op. cit.*, n° 8 et s., p.4 et s.).

²³⁷ L'expression de « *droit servant* » en lieu et place de celle de « *droit sanctionnateur* » est notamment utilisée par Messieurs Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n° 1, p.15 ; ou encore TERRE (F.), « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *TCFDIP*, 1964-1966, p.111, spéc. p.125.

règles de droit privé. Cet attribut de la procédure entraînerait alors l'emprunt de la nature du droit servi lorsqu'il s'agit de déterminer la nature de la procédure. La procédure civile, seule à nous intéresser ici, accompagnant et permettant la sanction des droits de nature privée, elle serait, par conséquent, nécessairement elle-même de nature privée.

L'argument, parfois opposé, de l'ordre public est ainsi renié par Messieurs Croze et Morel en ce que l'ordre public parfois utilisé par « *le juge civil reste un ordre public "de droit privé" ; il ne suffit pas à extraire la procédure civile du corps du droit privé auquel elle est naturellement attachée par son objet* »²³⁸. On retrouve, là aussi, la prépondérance du caractère « *servant* » de la procédure qui fait rentrer celle-ci dans la branche du droit servi.

Dans cette conception, une fois encore, l'autre versant, publiciste, de la procédure, n'est pas totalement absent, mais écarté, car étant de moindre importance. De la même façon que le font les partisans de la conception publiciste, la doctrine soutenant la théorie privatiste écarte également la conception mixte qui semble pourtant la plus pertinente pour répondre à l'ensemble des caractéristiques de la procédure.

B. La position adoptée : la procédure comme droit mixte

54. La conciliation des divers arguments. Permettant d'allier les deux conceptions, publicistes et privatistes – la division est, par ailleurs, loin d'emporter l'unanimité du droit comparé²³⁹ –, la conception mixte du droit judiciaire privé semble être aujourd'hui la vision prédominante de la doctrine. Elle seule permet de reprendre l'ensemble des caractéristiques de la matière²⁴⁰. Elle permet, d'une part, de ne pas écarter la fonction publiciste du droit judiciaire privé dans son ensemble et de la procédure en particulier en ce qu'ils participeraient du fonctionnement du service public de la Justice²⁴¹. D'autre part, elle permet également de prendre en considération son absence d'autonomie par rapport au droit privé qu'elle sanctionne et sa fonction de résolution des conflits entre personnes privées. Monsieur le Professeur Bernard Beignier reprend clairement cette idée alliant les deux conceptions. Selon

²³⁸ CROZE (H.) et MOREL (C.), *loc. cit.*

²³⁹ Cf. *infra* §2, A, 1, b.

²⁴⁰ Voir, par exemple, ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1951, réimprimé en 2005, p.301 ; TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, n° 114, p. 99 ; CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996, p.10 ; SOLUS (H.) ET PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, Tome 1, Sirey, 1961, p.14 ; ou encore, GLASSON (E.), *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1908, par A. TISSIER, p.10 ; et les autres références citées ci-après.

²⁴¹ Il est, cependant, intéressant de noter qu'une possible distinction entre les règles de justicialité et celles de justiciabilité annihilerait totalement cette position en ce que les règles de procédure ne participeraient pas réellement de l'organisation du service public de la Justice. Sur cette distinction, voir *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2, B.

lui, « [p]arce qu'il est le droit processuel des tribunaux de l'État, l'on dit souvent que la procédure civile est une branche du droit public. D'une certaine manière, c'est exact, mais il faut surtout considérer que c'est la procédure de règlement des contentieux privés. [...] La procédure civile est donc du droit public par sa forme (ce sont des décrets pris par la Chancellerie), mais du droit privé quant au fond et par attraction du droit majeur (le droit civil) sur le droit mineur (le droit judiciaire) »²⁴².

Comme le souligne le doyen Paul Roubier, cette conception permet donc de ne pas faire rentrer artificiellement la procédure dans l'une ou l'autre des branches du droit²⁴³. Il l'intègre alors dans ce qu'il nomme « *droit mixte abstrait* », ou encore « *droit régulateur* », et qu'il définit comme « *ensemble de règles relatives à la sanction, à la réalisation ou à l'application des autres branches du droit, et, pour lesquelles, si l'on n'adopte pas l'idée d'un droit mixte, il faudrait bien classer, soit dans le droit public, soit dans le droit privé, l'ensemble tout entier* »²⁴⁴.

55. La procédure civile entre accusatoire et inquisitoire. René Morel²⁴⁵ expose, quant à lui, le type de procédure engendré par chacune des conceptions de la nature du droit judiciaire. Il estime qu'une conception privatiste aurait pour conséquence une procédure accusatoire²⁴⁶ alors qu'une conception publiciste induirait une procédure inquisitoire²⁴⁷. Elle seule serait en accord avec l'idée de service public attaché à la Justice : c'est à l'État, à travers le juge, de conduire le procès afin de véritablement assurer son office. Or, la procédure civile actuelle semble ressortir aux deux qualifications appuyant ainsi l'idée d'une nature mixte. En effet, si par principe elle est accusatoire « *car elle est matière d'intérêts privés* »²⁴⁸, il n'en reste pas moins « *que l'évolution contemporaine du droit judiciaire a accru l'office du juge*

²⁴² BEIGNIER (B.), BLERY (C.) et THOMAT-RAYNAUD (A.-L.) (Coll.), *Introduction au droit, LGDJ*, 4^{ème} éd., 2014, n° 79, p.94. Il est à noter que, pour l'auteur, la part privatiste semble être la plus importante, celui-ci intégrant le droit judiciaire privé dans un paragraphe entièrement consacré au droit privé. Monsieur le Professeur Pierre Hébraud reprend cette même idée en écrivant que « *si l'État est la source de l'autorité et du pouvoir de la justice, il n'en est pas la fin* » (HEBRAUD [P.], « Rapport sur l'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, p.170).

²⁴³ ROUBIER (P.), *loc. cit.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ MOREL (R.), *Traité élémentaire...*, *loc. cit.*

²⁴⁶ « *Caractère d'une procédure dans laquelle les parties ont, à titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction* » (V° accusatoire, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.15)

²⁴⁷ « *Caractère d'une procédure dans laquelle toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance (saisine d'office), la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve* » (V° inquisitoire, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.551).

²⁴⁸ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n° 524, p.405

dans la conduite de l'instance aussi bien que dans la détermination des éléments du procès, car la justice est aussi un service public »²⁴⁹.

56. L'analyse des critères de distinction. Afin de se rendre compte de cette nature mixte, il semble intéressant de reprendre les critères de distinction entre droit privé et droit public, malgré le fait que la distinction même soit aujourd'hui remise en cause²⁵⁰. Ceux-ci font l'objet de grandes controverses doctrinales. Il ne semble toujours pas y avoir, aujourd'hui, de réel consensus en la matière²⁵¹ bien que deux théories ressortent nettement des écrits doctrinaux : la « théorie des intérêts »²⁵² et la « théorie des sujets »²⁵³.

Selon la première, fondée sur la célèbre phrase attribuée à Ulpien²⁵⁴, le droit public aurait pour objet de satisfaire les intérêts publics, alors que le droit privé aurait, évidemment, pour objet de satisfaire les intérêts privés. Comme exposé précédemment et sous réserve de la distinction entre justicialité et justiciabilité²⁵⁵, la procédure permet d'organiser le service public de la Justice et l'office du juge et, par suite, elle semblerait appartenir au droit public. Cependant, la procédure civile permet également, et surtout, aux personnes privées de faire sanctionner leurs droits à l'encontre d'autres personnes privées. Dans cette optique, la procédure satisferait plus les intérêts privés et ferait donc partie de la branche privatiste du droit. Dans les faits, la justice civile est un service public particulier en ce sens qu'elle a pour principal objectif de protéger les intérêts des particuliers entre eux. Partant, la procédure emprunte ce caractère hybride.

D'après la seconde, « *le droit public est le droit des personnes qui interviennent comme titulaires des prérogatives de puissance publique ; le droit privé est celui des personnes qui ne se manifestent qu'à titre privé* »²⁵⁶. À partir de cette théorie, force est de constater que la conclusion est la même : la procédure civile appartiendrait au droit public en ce qu'elle est le droit des juges, personnes publiques intervenant comme titulaires d'une prérogative de puissance publique, mais également au droit privé puisqu'elle est la discipline qui permet aux justiciables privés de mettre en œuvre leurs droits subjectifs.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Cf. *infra*, §2, A., 1., b.

²⁵¹ Voir, par exemple, la proposition de Monsieur le Professeur Terré fondée sur trois différences : le but, le caractère et la sanction (TERRE [F.], *op. cit.*, n° 109, p. 95).

²⁵² Sur laquelle voir notamment ROUBIER (P.), *op. cit.*, p.296 ; ou encore, ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 2002, n° 263, p.101.

²⁵³ Sur laquelle voir notamment ROUBIER (P.), *op. cit.*, p.298 ; ou encore, ROLAND (H.) et BOYER (L.), *loc. cit.*

²⁵⁴ « *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* ».

²⁵⁵ Distinction sur laquelle voir *infra* Chapitre 2, Section 1, §2, B.

²⁵⁶ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *loc. cit.*

57. Conclusion : la nature mixte de la procédure civile. L'examen des critères de la distinction entre droit public et droit privé ne permet donc pas d'établir une classification stricte de la procédure. Cela conduit à confirmer l'adoption d'une conception mixte de la nature de celle-ci, conception qui n'est pas sans incidence sur la nature de la règle régissant la procédure en droit international privé.

§2 : *L'INFLUENCE DE LA NATURE MIXTE DE LA PROCEDURE SUR LA NATURE DE LA REGLE LEX FORI REGIT PROCESUM*

58. Une règle de conflit de lois ? La règle selon laquelle la procédure est régie par la loi du for revêt, selon les auteurs, différentes natures, voire presque toutes celles existantes en droit international privé. Il est, en effet, difficile de prendre position tant la règle semble particulière. L'Union européenne elle-même la traite de différentes façons²⁵⁷. Si la plupart d'entre elles nous semblent devoir être rejetées (**A**), la nature retenue sera celle de la règle de conflit de lois (**B**).

A. Les natures rejetées

59. Conceptions publicistes et privatistes de la règle. La règle ici en question a souvent fait l'objet de diverses qualifications que nous ne retiendrons pas pour cette étude. Ces diverses conceptions résultent directement de la conception que se font les auteurs de la nature de la procédure elle-même. Ainsi, ces derniers y voient tantôt une règle de droit public (**1**), tantôt une loi de police (**2**), tantôt une règle *sui generis* (**3**).

1. *Les conceptions publicistes de la règle*

60. La règle *lex fori regit procesum* comme règle de droit public ? Plusieurs auteurs ont une conception purement publiciste de la règle *lex fori regit procesum*. Ces positions doctrinales, auxquelles nous n'adhérons pas, résultent d'une conception publiciste de la procédure en droit interne. Elles font de cette règle une règle de droit international public (**a**) ou la traduction de la stricte territorialité des règles de droit public (**b**).

²⁵⁷ La procédure est ainsi aussi bien évoquée dans les règlements portant sur les conflits de juridictions (par exemple, définition autonome de la saisine dans l'article 30 du règlement Bruxelles I) que dans ceux portant sur le règlement des conflits de lois (par exemple, elle est en principe exclue du règlement Rome I dans son article 1, mais est abordée en ce qui concerne la preuve en son article 18).

a. Une règle de droit international public

61. La conséquence du principe d'auto-organisation des États. Certains auteurs avertis²⁵⁸ voient dans la règle étudiée ici, non pas une règle de droit international privé, mais une règle de droit international public. En effet, cet adage ne serait que la conséquence nécessaire du droit à l'auto-organisation des États²⁵⁹. Le droit international public prévoit ainsi que « *chaque État [a] compétence exclusive dans l'établissement de sa propre organisation interne, c'est-à-dire dans la mise en place des divers organes, la répartition des compétences entre eux, et l'élaboration des règles de leur fonctionnement* »²⁶⁰. Ce droit résulte de « *l'indifférence du droit international à l'égard de formes politiques internes* »²⁶¹, conséquence directe et concrète du principe, plus large, d'autodétermination²⁶² et de la souveraineté des États²⁶³. Cette règle prévoyant l'autonomie institutionnelle est d'ailleurs régulièrement rappelée par la Cour internationale de Justice comme dans l'affaire du *Sahara occidental*²⁶⁴ ou des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*²⁶⁵.

Or, la procédure gouvernant le fonctionnement de l'organe (du pouvoir) étatique qu'est la Justice²⁶⁶, la loi du for aurait compétence exclusive pour la régir, en vertu de cette règle de droit international public. Messieurs les Professeurs Mayer et Heuzé expriment cette idée : « *lorsque la compétence exclusive de la loi d'un État résulte d'une règle de droit international public, le conflit de lois ne peut se produire. Le juge saisi peut dans certains cas ne pas appliquer cette loi, si elle est étrangère, mais il ne peut nier sa compétence* »²⁶⁷.

62. Une règle de conflit de juridictions. Cette nature publiciste de la règle lui donnerait alors valeur de règle de conflit de juridictions. Ainsi, la définition parfois donnée à

²⁵⁸ Voir, par exemple, MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n°106, p.86 ou encore PATAUT (E.), « Procédure civile et commerciale », Rép. Internat. Dalloz, 2^{ème} éd., 2001, n°8

²⁵⁹ BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *op. cit.*, n°187, spéc. p.217.

²⁶⁰ MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *loc. cit.*

²⁶¹ NGYUEN (Q. D.), DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p.475

²⁶² Selon le *Dictionnaire de droit international public*, publié sous la direction de Jean Salmon, Bruylant, 2001, « Droit à l'autodétermination », p.369 et « Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », p.379 et s. : « A. Principe de nature politique d'inspiration démocratique désignant la vocation des peuples à s'administrer librement. Ce principe a néanmoins acquis un caractère juridique et a donné naissance à de nombreuses dispositions, incontestablement de droit positif, sinon même valable erga omnes. [...] D. Expression qui, appliquée à la fois aux peuples des États et aux peuples dépendants, désigne leur droit de choisir leur régime politique et de poursuivre librement leur développement économique social et culturel ».

²⁶³ Pour plus de développements sur la place de la souveraineté en tant que fondement de la règle attribuant la procédure à la loi du for en droit international privé, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2

²⁶⁴ Avis du 16 octobre 1975, *Rec.* 1975, p.43-44

²⁶⁵ Arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, p.133

²⁶⁶ Sur la conception publiciste de la procédure, voir *supra*, §1, A, 1

²⁶⁷ MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n°102, p.84

cette dernière notion intègre effectivement la procédure puisqu'elle constitue « *l'expression traditionnellement utilisée pour désigner les questions de compétence directe des tribunaux, de procédure applicable à un litige international et d'effets des jugements étrangers* »²⁶⁸. Par suite, les brefs chapitres traitant de la procédure dans les ouvrages de droit international privé sont toujours inclus dans les parties traitant du conflit de juridictions²⁶⁹ même si tous ne s'accordent pas pour voir dans la règle attribuant compétence à la loi du for une pure règle de conflit de juridictions²⁷⁰.

63. Rejet de la solution. Cependant, cette appartenance aux règles de conflit de juridictions n'est pas acceptée de façon unanime par la doctrine. S'appuyant sur la différenciation de la procédure et de la compétence²⁷¹, la position d'Antoine Bolze est, à cet égard, assez catégorique : « *il faut respecter le point de vue conceptuel et ne pas confondre les règles de procédure avec les règles de compétence, il en résulte que le conflit de juridictions doit être strictement limité aux règles de compétence* »²⁷².

La définition donnée au conflit de juridictions par le *Vocabulaire juridique* n'intègre pas la procédure puisqu'il s'agit, pour l'auteur, de la « *[s]ituation dans laquelle un litige, en raison des liens qu'il présente avec plusieurs États, pose la question, soit de la compétence des tribunaux d'un de ces États pour en connaître, soit des effets à reconnaître à une décision rendue par un tribunal étranger* » ou « *[p]lus généralement, contestation relative à la compétence d'une juridiction ou à l'efficacité d'une décision mettant en cause des ordres juridiques ayant leurs propres tribunaux* »²⁷³. Cette exclusion de la procédure doit néanmoins être nuancée. En quatrième définition, celle ayant trait à la doctrine, l'auteur définit le conflit de juridictions comme « *la branche du Droit international privé dont ces questions relèvent* »²⁷⁴ tout en donnant comme synonymes « *Droit judiciaire privé international* » ou

²⁶⁸ *Lexique des termes juridiques 2014/2015*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2014, p.232

²⁶⁹ Cf. par exemple, LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *op. cit.*, 2^{ème} partie, Titre 1 (conflit de juridictions), Sous-titre 1, Chapitre 2, n^{os}792 et s., pp.811 et s. ; BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *op. cit.*, Titre 1^{er} (conflit de juridictions), Sous-titre 1 (La compétence juridictionnelle internationale), Chapitre 2, Section 3, n^{os}187 et s., pp.216 et s. ; ou encore, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, Deuxième partie (Le procès civil international — Conflit de juridictions), Titre II, Chapitre 1, n^{os}652 et s., pp.447 et s.

²⁷⁰ Par exemple, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) l'intègrent à leur Partie 2, mais, contestent par ailleurs, la valeur publiciste de la règle, cf. *infra* B. 1.

²⁷¹ Différence sur laquelle voir, *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A.

²⁷² BOLZE (A.), *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, Thèse Paris II, 1996, n^o 284, p.172. L'auteur relève, par ailleurs, que cette assimilation est « *une erreur* » qu'il est « *fondamental de corriger* ». Sur ce point, voir n^{os}314 et s., p.197 et s.

²⁷³ V^o Conflit de juridictions, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.233

²⁷⁴ *Ibid.*

« *Droit processuel international* ». Ces expressions intègrent, sans conteste, l'idée de procédure.

64. Le recul de la souveraineté. Surtout, la redéfinition des fondements de la règle, et notamment, le net recul de la souveraineté comme justification à celle-ci²⁷⁵, fait perdre à cette position son argument majeur si ce n'est unique.

De plus, il apparaît que l'argument de la souveraineté n'induit pas nécessairement une règle de droit international public et n'exclut pas la possibilité d'un conflit de lois, nature que nous retiendrons par la suite. En effet, la souveraineté est reconnue comme fondement dans le conflit de lois. Le célèbre *Cours général de droit international privé* dispensé par Monsieur le Professeur Paul Lagarde à l'Académie de Droit international de La Haye²⁷⁶ vient évidemment immédiatement à l'esprit. Il en va également de l'article d'André Bonnichon intitulé « *La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois* »²⁷⁷. Dans ces deux écrits doctrinaux, les auteurs traitent du principe de souveraineté comme fondement possible des règles de conflit de lois. Il en ressort une absence d'exclusion catégorique d'une règle de conflit de lois en cas de mise en jeu de la souveraineté.

Quoi qu'il en soit, il est également possible, pour justifier de l'application d'une loi étrangère sans pour autant nier la souveraineté du for, de recourir à une fiction, un intermédiaire. Il serait tout à fait imaginable de considérer que la souveraineté serait sauvegardée si le juge national applique la loi procédurale d'un État étranger conformément à une règle de conflit nationale. Les quelques règles procédurales ponctuelles faisant appel à la loi étrangère, comme l'article 739 du Code de procédure civile ayant trait aux commissions rogatoires internationales²⁷⁸, semblent utiliser ce procédé. Monsieur le Professeur Callé note qu'« *on ne doit pas y voir une atteinte à la délégation de souveraineté française, car l'ordre d'appliquer la règle procédurale étrangère émane d'une règle procédurale française que l'autorité a l'obligation de respecter* »²⁷⁹. Certes, il s'agirait de règles procédurales matérielles et non d'une véritable règle de conflit ce qui justifierait le rejet d'un recours général à cette position. Cependant, comme le montre l'auteur, qui ne cache d'ailleurs pas sa

²⁷⁵ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2

²⁷⁶ LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, tome 196, p.9

²⁷⁷ BONNICHON (A.), « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP*, 1949, p.615 et 1950, p.11

²⁷⁸ « *La commission rogatoire est exécutée conformément à la loi française à moins que la juridiction étrangère n'ait demandé qu'il y soit procédé selon une forme particulière.* »

²⁷⁹ CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Préface de P. Mayer, Economica, 2004, n°84, p.46

perplexité sur ce point²⁸⁰, la différence est mince. Elle ne nous semble pas suffire à justifier l'éviction de cette méthode qui permettrait de protéger une possible mise en jeu de la souveraineté du for.

b. La stricte territorialité des règles de droit public

65. L'inapplicabilité de principe des règles de droit public étrangères. D'autres auteurs plus anciens, à l'image d'Audinet²⁸¹ ou de Pillet²⁸², voient dans ce principe le reflet de la territorialité absolue des règles de droit public. Antoine Pillet explique dans son manuel que les lois de procédure sont des « *lois, qui, parce qu'elles touchent de plus près à l'intérêt public, jouissent d'une autorité absolue et doivent être appliquées dans chaque pays aux étrangers comme aux nationaux* »²⁸³. Ainsi, la procédure serait du droit public qui, en tant que tel, ne pourrait pas être soumise au conflit de lois.

Dans la doctrine plus récente, Monsieur le Professeur Étienne Pataut, outre son argument lié au droit international public exposé précédemment, évoque également l'impossibilité totale d'un conflit de lois en droit public. En rejetant la qualification de lois de police proposée par d'autres auteurs²⁸⁴, il explique que « *la méthode des lois de police suppose [...] que le conflit de lois soit envisageable en raison de l'appartenance de la question au droit privé* ». Or, pour l'auteur, « *l'incontestable appartenance de ces questions au droit public rend donc inutile le détour par la notion de loi de police, même si le caractère unilatéral du raisonnement dans les deux cas rend la distinction passablement académique* »²⁸⁵.

66. Le rejet de la solution : la nature mixte de la procédure civile. Toutefois, il nous semble que cet argument puisse être rejeté sur trois points. Tout d'abord, l'appartenance de la procédure à la branche publiciste du droit est, comme nous l'avons exposé précédemment²⁸⁶, loin d'être incontestable. La conclusion que nous en avons tirée est même sa classification en droit mixte. Aussi, sauf à redéfinir la catégorie procédure en fonction de

²⁸⁰ *Ibid.*, note 2

²⁸¹ AUDINET (E.), *Principes élémentaires du droit international privé*, Pédone-Lauriel, 1894, p.343

²⁸² PILLET (A.), *Principes de droit international privé*, Pédone, 1903, p.370

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Cf. *infra*, 2.

²⁸⁵ PATAUT (E.), « Procédure civile et commerciale », *Rép. Internat. Dalloz*, 2^{ème} éd., 2001, n°8. Sur la difficile distinction entre lois de police et lois de droit public, voir PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 298, 1999, n°80 et s., pp.53 et s.

²⁸⁶ Cf. *supra*, §1

chacune des règles de procédure selon qu'elles sont de droit public et de droit privé, cette qualification et les conséquences qui en sont tirées n'emportent pas notre adhésion. D'autant plus que cela conduirait alors soit à ignorer les règles qui sont, en elles-mêmes, mixtes, soit à arriver à un dépeçage des fondements sans doute excessif et injustifié. Ce serait, par exemple, le cas concernant la question de l'intérêt à agir en justice²⁸⁷.

67. Le rejet de la solution : l'applicabilité des règles de droit public étrangères.

Ensuite, la stricte territorialité des règles de droit public est loin de faire l'unanimité, et semble avoir perdu de son poids dans la doctrine contemporaine. La thèse traditionnelle veut, en effet, que les règles de droit public s'appliquent sur tout le territoire indépendamment d'un quelconque élément d'extranéité à l'exclusion de toute règle de droit public étrangère. Cette règle se justifierait par « *le caractère prétendument politique de ce droit* »²⁸⁸ même si aucune définition des « *lois politiques* » n'est fournie. Bartin partageait cette position en expliquant que le droit international privé avait pour unique objet les conflits « *entre dispositions de droit privé* »²⁸⁹.

Néanmoins, cette vision n'est pas – ou plus – partagée par l'ensemble de la doctrine. Pour Monsieur le Professeur Pierre Mayer, par exemple, le refus ne se situerait pas au niveau de la compétence de la loi étrangère, mais de la saisine. Par égoïsme, les organes juridictionnels n'auraient pas pour mission d'aider les autres États et de ce fait, n'appliqueraient pas leurs règles de droit public²⁹⁰. Or, il est admis que « *dans certaines circonstances favorables, une application limitée, et en tout cas une prise en considération,*

²⁸⁷ Dans sa thèse sur *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* (Préface de B. Goldman, Économica, 1986), Marie-Laure Niboyet-Hoegy reprend cette difficulté à propos de l'action en justice. En effet, après avoir démontré la nature hybride de l'action en justice, elle conteste le rattachement traditionnel et distributif à la loi de la procédure ou du fond : « 54. *La qualification des règles gouvernant l'action en justice en règles processuelles ou substantielles, déduite de la nature hybride de l'action, est nécessairement vouée à l'échec du fait, précisément, de la nature hybride de l'action en justice. N'est-il pas vain, en effet, de vouloir opérer une telle qualification alors que l'action oscille par définition entre le droit substantiel qui lui sert de fondement et sa gangue procédurale.*

55. *Cette distinction méconnaît, en effet, les deux exigences qui caractérisent toute condition d'existence de l'action, à savoir une fonction spécifiquement procédurale et des répercussions fondamentales sur le droit substantiel litigieux. Faire prédominer, selon les hypothèses, l'un de ces impératifs conduit inéluctablement à négliger le second* » (p.32).

²⁸⁸ LALIVE (P.), « Le droit public étranger et le droit international privé », *TCFDIP*, 1973-1975, p.230

²⁸⁹ BARTIN (E.), *Principes*, Tome I, 1930, §18, p.33. Voir également, défendant cette thèse, mais avec des fondements différents, BAUER (M.), *Le droit public étranger devant le juge du for*, Thèse Paris II, 1977, notamment p. 22 : « *Le juge du for a l'obligation d'écarter la réception de la loi étrangère "de droit public" par application du principe matériellement constitutionnel qui lui interdit de s'immiscer dans le domaine des relations internationales* ».

²⁹⁰ MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, p.1.

étaient possibles »²⁹¹. L'étude de la jurisprudence menée par l'auteur montre que, jusque 1959 et un arrêt de la Cour d'appel de Besançon²⁹², l'inapplicabilité du droit public étranger n'avait jamais été énoncée de façon générale. Parallèlement, dans les quelques décisions l'affirmant relativement à une catégorie particulière du droit public, le caractère « politique » des lois justifiait la décision. La lecture des arrêts postérieurs montre, à l'inverse, un abandon de la stricte territorialité des règles de droit public et même une application des règles de droit public étrangères²⁹³.

De façon encore plus directe, Freyria explique même qu'il existe des conflits de lois en droit public résolus selon la même méthode que les conflits de lois en droit privé²⁹⁴. Pour sa part, Pierre Lalive parle d'un « *dogme, que l'on ne songe pas à justifier et qui motive – seul ou, le plus souvent, avec d'autres considérations – la mise à l'écart d'une loi émanant du pays étranger dans lequel l'affaire est pourtant "localisée", ou avec lequel elle présente, de l'avis du for, les "relations les plus étroites"* »²⁹⁵. Il évoque alors l'idée d'une distinction entre le droit « *public-public* » du droit « *public-privé* »²⁹⁶ suivant le but de la norme étrangère de droit public selon qu'elle protège un intérêt privé ou un « *besoin immédiat de l'État* »²⁹⁷. Mais il la rejette²⁹⁸ autant que l'inapplicabilité, par nature, du droit public étranger.

Plus récemment, Monsieur le Professeur Audit exprime le même point de vue. Selon lui, « *il est excessif de poser en principe que le caractère de ces lois s'oppose absolument à toute prise en considération hors de l'État qui les édicte* »²⁹⁹. Il justifie son point de vue en relevant que le droit international public permet à chaque État de prendre les dispositions nécessaires afin de s'organiser. Ces règles ainsi établies doivent nécessairement être

²⁹¹ MAYER (P.), « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, p.467

²⁹² CA Besançon, 14 mai 1959, *D.*, 1959, p.515, note Esmein.

²⁹³ Voir notamment Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} juillet 1981, *Total Afrique*, *Bull. civ. I*, n°241 ; *Clunet*, 1982, p.148, note Bourel ; *RCDIP*, 1982, p.336, note Lagarde ; et les autres exemples cités par Monsieur le Professeur Pierre Mayer, article précité, p. 470 et s.

²⁹⁴ FREYRIA, « La notion de conflit de lois en droit public », *TCFDIP*, 1962-1964, p.104

²⁹⁵ LALIVE (P.), *op. cit.*, p.217

²⁹⁶ *Ibid.* ; cette distinction est faite sur le fondement de la « théorie des intérêts » énoncée par la Cour fédérale suisse dans un arrêt Ammon c. Royal Dutch, ATF 80 II 53 : « *la doctrine et la jurisprudence admettent généralement qu'en principe le droit pénal étranger, la procédure, le droit public et administratif, y compris le droit fiscal, ne sont pas applicables dans le pays, en tout cas pas comme sa source directe de droit, mais qu'il y a néanmoins des cas où il faut les appliquer indirectement ; c'est uniquement la délimitation de ces cas qui prête à controverse [...]. Il s'agit [...] de rechercher quel est le but essentiel de la norme étrangère qui empiète sur une réglementation de droit privé. Si ce but est de protéger des intérêts privés (par opposition aux besoins immédiats de l'État), il n'y a aucune raison [...] d'écarter le droit public étranger par la seule raison que, de par sa nature juridique, il est du droit public* ». Cette distinction a été reprise par le *Bundesgerichtshof* allemand dans une décision Wöllert du 17 décembre 1959.

²⁹⁷ Arrêt Ammon c. Royal Dutch, ATF 80 II 53

²⁹⁸ Il admet que cette théorie est sans doute meilleure que celle relative aux « *lois politiques* », mais estime que « *cette tentative de "sauver les meubles" était vouée à l'échec* », LALIVE (P.), *op. cit.*, p.231

²⁹⁹ AUDIT (B.) et d'AVOUT (L), *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013, n°348, p.313.

reconnues par les autres États. Ceux-ci, « *sans avoir à prêter la main à leur application, ils ne peuvent systématiquement les ignorer lorsque leurs autorités viennent à en connaître, dès lors que cette attitude n'implique aucune prestation de leur part et ne méconnaît aucun de leurs intérêts propres* »³⁰⁰.

68. Le rejet de la solution : l'absence de consensus international relatif à la *summa divisio*. Enfin, et c'est un argument de poids, il n'existe pas de réel consensus international sur la distinction droit privé – droit public³⁰¹. En effet, si les droits de *Common Law* semblent, de plus en plus, s'y intéresser, certains auteurs démontrent, tout de même, l'absence de réelle distinction entre le droit privé et le droit public dans les systèmes anglo-saxons. Par exemple, Oliver Dawn explique que « *la nouvelle orthodoxie* » en Angleterre est qu'il existe une telle division du droit, mais il tente de réfuter cette position. Selon l'auteur, les principes généraux utilisés en droit public (principe de légalité, le principe de rationalité, le principe de procédure loyale) sont les mêmes que ceux du droit privé d'où l'absence d'une réelle distinction³⁰². Au-delà de la *Common Law*, les droits d'inspiration marxiste, aujourd'hui en voie de disparition, la rejettent totalement en tant que telle³⁰³, la distinction s'appuyant, selon eux, sur la propriété privée totalement absente de leur droit³⁰⁴. En fait, en dehors des droits de tradition romano-germanique, la différenciation que nous connaissons ne semble pas rencontrer de véritable succès, à l'image des droits orientaux ou musulmans. Aussi est-il délicat de poser une règle internationale universelle fondée sur une distinction qui ne l'est pas. Son existence dans des systèmes qui ne connaissent pas de cette division implique nécessairement qu'une autre nature – et justification – puisse être avancée.

Reprenant des arguments déjà évoqués, certains auteurs français ont même mis en évidence le déclin de la division dans notre droit qui y est pourtant, traditionnellement, très

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Sur une étude approfondie de la distinction dans les droits français et britanniques, voir les actes du colloque *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques – The Public Law / Private Law divide : une entente assez cordiale ?* sous la direction de J-B. AUBY et M. FREEDLAND, Ed. Panthéon Assas, 2004.

³⁰² DAWN (O.), « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », *RIDC*, 2001, p.327. Voir aussi Antoine Bullier, dans son ouvrage sur la *Common law* (Daloz, 3^{ème} éd., 2012) qui explique p.138 que « *[d]roit public et droit privé n'ont jamais connu en common law la césure qui les séparent [sic] en droit issu de la famille romano-civiliste. La notion même entre public et privé [sic] n'est pas perçue de façon aussi marquée qu'en France. Cependant nous possédons un tribunal des conflits afin de résoudre les problèmes de compétence entre différentes aires du droit. Dans le monde anglophone cette différenciation est moins évidente que chez nous. Dans les États de common law, la spécialisation des juges, des avocats comme des enseignants existent, mais moins qu'en France* ».

³⁰³ V^o droit privé/public, ARNAUD (A.-J.) (Dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993

³⁰⁴ En ce sens, voir SZÁSZY (I.), *International civil procedure – A comparative study*, A. W. Sijthoff-Leyden, 1967, p.22

attaché. En ce sens, Madame le Professeur Gaudemet-Tallon estime qu'« *en France, alors que les juristes depuis des décennies connaissaient la distinction entre droit public et droit privé, il est certain que cette distinction s'atténue de plus en plus* »³⁰⁵. Monsieur le Professeur Jean-Louis SouriouX évoque cette « *mise à mal* » et en donne trois facteurs³⁰⁶. Pour l'auteur, les difficultés de classement de certaines matières, à l'image de la procédure civile, l'absence de la distinction dans certains systèmes étrangers et son caractère idéologique³⁰⁷ favoriseraient le fléchissement de la *summa divisio*.

Face à ce constat, l'Institut de droit international, dans sa résolution prise à la suite de la session de Wiesbaden en 1975, a adopté la règle selon laquelle « *le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public* »³⁰⁸. Dans cette résolution, l'institut justifie sa position en estimant que « *Le prétendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays :*

- a) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable,*
- b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public,*
- c) est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale ».*

Le critère du but de la norme étrangère, pourtant proposé par Pierre Lalive, rapporteur, est même rejeté de façon catégorique : « *Il en est de même, pour des raisons analogues, d'une inapplicabilité a priori de certaines catégories de dispositions de droit public étranger, comme celles qui ne visent pas la protection des intérêts privés, mais servent essentiellement les intérêts de l'État* ».

Le caractère prétendument publiciste de la procédure et de la règle qui en découle en droit international privé ne nous ont ainsi pas convaincus. Il en va de même pour certaines des conceptions privatistes de la règle.

³⁰⁵ GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, tome 312, p.23, spéc. pp.32-33.

³⁰⁶ SOURIOUX (J.-L.), *Introduction au droit*, PUF, 2^{ème} éd., 1990, n° 91, p.113 et spéc. p.114

³⁰⁷ Pour plus de développements sur le caractère idéologique de la distinction, voir TESTU (F. X.), « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.*, 1998, p.345. L'auteur y démontre le fait que « *la distinction n'a pas de fonction idéologique* » en ce qu'elle n'est pas « *en mesure de donner une représentation illusoire des rapports sociaux* », mais qu'elle « *en a le caractère parce qu'elle reflète une conception idéologique du droit* ».

³⁰⁸ Résolution de l'Institut de droit international, Session de Wiesbaden, 11 août 1975, « L'application du droit public étranger », Vingtième Commission, Rapporteur : M. Pierre Lalive, article I.1.

2. Une loi de police

69. Une loi de police à caractère spécial. Messieurs Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, dans leur Précis³⁰⁹, arguaient de ce que les lois de procédure ne seraient pas à proprement parler des lois de police, mais ils les rattachaient à ces dernières par analogie³¹⁰. Celles-ci seraient territoriales en ce qu'elles sont liées « à l'intervention des pouvoirs publics français sous quelque forme que ce soit »³¹¹. De façon plus restrictive, Henri Motulsky estimait que les règles d'organisation judiciaire, de fonctionnement des tribunaux et de compétence étaient des lois de police, car elles sont intimement liées au service public de la Justice³¹². Madame le Professeur Niboyet fondait pour sa part les exceptions à la loi de l'action sur la notion des lois de police³¹³.

70. Définition de lois de police. Dans un sens traditionnel, les lois de police sont des « lois relatives à l'organisation étatique et lois pénales qui, à ce titre, obligent tous ceux qui habitent le territoire »³¹⁴. Dans un sens extensif, elles désignent les « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique et qui excluent l'application des lois étrangères »³¹⁵.

71. Application de la définition aux règles de procédure civile. Les règles d'organisation judiciaire et de compétence pourraient effectivement être considérées comme des lois de police, prises dans le sens traditionnel, puisque la justice est l'un des trois pouvoirs constituant l'État. Il s'agit donc de l'organisation de l'État. Pris dans le sens extensif, il en est de même pour ces règles, mais les dispositions relatives à la procédure « *proprement dite* » semblent ne pas correspondre à cette définition³¹⁶. En effet, il n'est pas évident, par exemple, que l'observation du délai pour interjeter appel d'un jugement soit « *nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique* ». Or, comme il a été vu

³⁰⁹ LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.) et LOUSSOUARN (Y.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 1970

³¹⁰ *Ibid.*, n° 321, p.404

³¹¹ *Ibid.*, n° 320 bis, p.404

³¹² MOTULSKY (H.), « Procédure civile et commerciale », Rép. Internat. Dalloz, 1^{ère} éd., Tome II, p.648

³¹³ NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préface de B. Goldman, Economica, 1986, n° 615 et s., pp.341 et s.

³¹⁴ V° lois de police et de sûreté, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.624

³¹⁵ *Ibid.* Cette définition est très proche de celle posée par FRANCESCAKIS (P.), « Conflit de lois », Rép. Internat. Dalloz, 1^{ère} éd. et reprise à l'article 9 du règlement Rome I.

³¹⁶ Il faut toutefois noter que l'identification des lois de police est souvent difficile. Parfois, certaines règles identifiées comme telles, comme la possession d'état, ne seraient pas des lois de police.

précédemment, notre étude se limite aux règles de procédure et non au droit judiciaire privé dans son ensemble ce qui nous conduit à devoir rejeter cette qualification. La jurisprudence elle-même ne semble pas s'orienter vers une telle qualification. Il est possible de noter une référence à cette méthode dans un arrêt en date du 19 octobre 2004³¹⁷. Toutefois, outre l'extrême rareté de ce type de décision, elle concerne un délai de prescription, domaine qui ne semble pas relever de la procédure en droit international privé³¹⁸. Au surplus, cette jurisprudence a trait au seul droit commun et non au droit européen. Cela renforce notre conviction selon laquelle les règles procédurales ne relèvent pas de la méthode des lois de police.

3. Une règle *sui generis*

72. Une règle de conflit de juridictions et de conflit de lois. Une autre position, largement dominante à côté de celle du conflit de juridictions, est de qualifier la règle *lex fori regit procesum* comme une règle *sui generis*. Plus particulièrement, il s'agirait d'une règle à la frontière entre le conflit de juridictions et le conflit de lois, appartenant au premier par ses fondements, mais au second par sa structure. Cette nature hybride serait la conséquence directe de la nature mixte de la procédure.

Ainsi, Messieurs les Professeurs Batiffol et Lagarde³¹⁹ admettent que la soumission de la procédure à la loi du for se présente comme l'application de règles de droit public, tout du moins en partie, à un litige international d'où son appartenance aux règles de conflit de juridictions. Mais sa structure (nécessité de passer par l'étape de la qualification, définition de la catégorie, la compétence de la loi étrangère pour les litiges à l'étranger et soumis à l'*exequatur*) laisse à penser qu'il s'agit d'une règle de conflit de lois.

Pour Monsieur le Professeur François Terré, c'est la nature mixte de la procédure qui conduit à une nature mixte de la règle. En effet, pour l'auteur, si certains excluent la procédure du domaine des conflits de lois, c'est parce qu'ils estiment que la procédure civile est une matière de droit public qui interdirait tout conflit de lois. Or, pour lui, si l'on considère que la procédure civile est une matière mixte, comme nous l'avons soutenu précédemment, il

³¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 19 octobre 2004, *Bull. civ. I*, n°224. Le bref délai de prescription en matière de diffamation édicté par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse y est qualifié de loi de police.

³¹⁸ Cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, a

³¹⁹ BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *op. cit.*, p.447

existe certains domaines de la procédure qui relèvent du droit privé « *et à propos desquels l'idée même de conflit de lois ne peut être, de toute façon, écartée* »³²⁰.

73. La redéfinition stricte de la catégorie. D'autres auteurs ne renient pas la nature mixte de la procédure et ses conséquences en droit international privé. Mais, plutôt que d'y voir une règle *sui generis*, préfèrent opter pour une règle de conflit de juridictions tout en jouant sur la définition de la procédure au sens du droit international privé. Les deux positions ne sont donc pas opposées, comme le souligne Monsieur le Professeur Pierre Callé³²¹, « *[l]a différence n'est que formelle, terminologique* »³²². Si la théorie semble convaincante, il serait nécessaire de savoir quelles règles procédurales au sens interne le sont aussi au sens international. Or, il semblerait que notre définition de la procédure (et notamment sa différenciation du droit judiciaire privé) nous conduise à étudier ces règles, pour la plupart, plus substantielles que procédurales qui seraient donc plus propices aux conflits de lois. Par ailleurs, une fois encore, cela conduirait à devoir mettre à l'écart les règles intrinsèquement mixtes.

B. La nature retenue : une règle de conflit de lois

74. Numéro introductif. Une partie de la doctrine tend toutefois à s'affranchir de la nature de la procédure en droit interne. Par suite, elle voit dans cette règle une règle de conflit de lois (1), position que notre analyse de la règle nous conduit à partager (2).

³²⁰ TERRE (F.), « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *TCFDIP*, 1964-1966, p.114

³²¹ CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Préface de P. Mayer, Economica, 2004, p.52 : « Toutefois, certains auteurs ont avancé l'idée d'une nature mixte des règles procédurales internes qui, simultanément, participeraient au fonctionnement d'un service public et à la réalisation des droits substantiels, permettant ainsi dans certains cas de justifier l'utilisation d'un raisonnement conflictuel. Dès lors, certaines règles seraient justiciables de la méthode du conflit de lois, tandis que d'autres y seraient par nature réfractaires. Il faudrait donc distinguer au sein des règles de procédure celles relevant de la première méthode, de celles soumises à la méthode du conflit de juridiction.

Que certaines règles qualifiées en droit interne de procédurales soient plus substantielles que véritablement procédurales est une réalité difficilement réfutable. Mais rien n'impose que la catégorie des règles procédurales, au sens du droit international, soit la même que celle retenue en droit interne. À notre sens, pour des raisons pédagogiques, il serait préférable que toutes les règles procédurales, au sens du droit international, soient justiciables du conflit de juridictions en tant qu'elles participent au service public. En revanche, le contenu de la catégorie des règles procédurales, au sens du droit international, sera sensiblement plus restreint que le contenu de cette même catégorie au sens du droit interne. Il n'y a donc fondamentalement aucune divergence entre notre opinion et celle de la doctrine qui reconnaît une nature mixte à certaines règles procédurales. La différence n'est que formelle, terminologique. Toutes les règles procédurales au sens du droit international relèvent du conflit de juridictions. Les règles qui sont qualifiées de procédurales au sens du droit interne, mais qui relèvent du conflit de lois, sont en réalité des règles substantielles au sens du droit international ».

³²² *Ibid.*

1. Les positions doctrinales existantes

75. La doctrine française. Pour Henri Motulsky, en dehors des questions soumises, selon l'auteur, aux lois de police³²³, « la composante "privatiste" de la procédure »³²⁴ est soumise à une règle de conflit de lois. Il s'agit de l'action en justice, des rapports d'instance, de la preuve, du jugement, de l'exécution et de la juridiction gracieuse. La position se rapproche de celles précédemment exposées, mais, c'est l'ensemble de règles de procédure proprement dite, celles qui nous intéressent pour cette étude, qui sont soumises au conflit de lois selon l'éminent auteur. Dans le même sens, et plus récemment, Monsieur le Professeur Lagarde s'interroge. Alors que l'article 127 de son esquisse de Code de droit international privé européen pose la règle de la compétence de la *lex fori* dans le chapitre consacré à la compétence judiciaire, l'auteur estime néanmoins que « cette disposition est peut-être mal placée et pourrait figurer mieux au chapitre sur les conflits de lois »³²⁵.

De façon encore plus claire, les Professeurs Niboyet et Geouffre de la Pradelle, rejettent toute « impossibilité théorique à concevoir un conflit de lois en matière de procédure »³²⁶. Ils reconnaissent à l'inverse que « [r]ien n'interdit [...], sauf empêchement d'origine constitutionnelle, à un État de décider de laisser s'appliquer des règles étrangères de procédure dans des litiges présentant une dimension internationale »³²⁷. En effet, pour les auteurs, le lien avec la souveraineté est critiquable en ce que le jeu des qualifications ne permettrait que trop facilement de détourner une règle qui serait aussi intimement liée à la souveraineté étatique dont la vision serait, au surplus, dépassée³²⁸. Or, l'abandon de ce fondement permettrait l'abandon d'un recours systématique à la loi du for. Ce serait ouvrir la possibilité d'instaurer un conflit de lois en la matière voire une certaine autonomie des parties dans le choix de la loi applicable à la procédure³²⁹.

76. La doctrine étrangère. La doctrine anglaise, pourtant très prolixe sur la procédure en droit international privé, ne s'interroge pas sur la nature de la règle, et donc sur le fait de savoir s'il s'agit ou non d'une règle de conflit de lois. Les auteurs s'attachent en fait

³²³ À savoir, les questions d'organisation judiciaire et de compétence, cf. *supra* A. 2.

³²⁴ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, p.648

³²⁵ LAGARDE (P.), « En guise de synthèse », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.365, spéc. p.372

³²⁶ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, n°657, p.449

³²⁷ *Ibid.* On peut même noter que la règle était, à l'origine, constitutionnelle en Italie, mais a été supprimée de la norme suprême pour être insérée dans un texte législatif.

³²⁸ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2

³²⁹ Cf. *infra* Section 3

seulement à déterminer ce qui est procédural ou non. En Belgique, Messieurs les Professeurs Rigaux et Fallon sont, quant à eux, catégoriques concernant la nature conflictuelle de la règle en cause. En effet, ils parlent très clairement de « *la règle de conflit de lois rattachant en principe la procédure au droit du for* »³³⁰. Loin de constituer un simple abus de langage, cette affirmation est la conclusion des auteurs au rejet d'autres natures envisageables³³¹, mais aussi de l'admission de l'applicabilité théorique du droit procédural étranger³³².

Sans se prononcer directement sur la nature de la règle, il semblerait que l'éminent juriste hongrois István Szászy y voit également une règle de conflit de lois en ce qu'il admet très largement l'application de la loi étrangère en matière de procédure. Il va même jusqu'à rejeter la règle *lex fori regit procesum* comme constituant le principe de base³³³.

2. L'analyse de la règle

77. Définition de la règle de conflit de lois. Une règle de conflit de lois est « *une règle de droit législative ou jurisprudentielle qui, tenant compte des liens qu'une situation présente avec plusieurs systèmes juridiques prescrit l'application à cette situation, ou à tel ou tel de ses éléments, d'un de ces systèmes, de préférence aux autres* »³³⁴. Elle est composée d'une catégorie de rattachement à laquelle est associé un facteur de rattachement³³⁵. C'est une règle bilatérale³³⁶, abstraite, indirecte (c'est-à-dire qu'elle ne donne pas la solution finale du

³³⁰ RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *op. cit.*, n° 11.3, p.469

³³¹ *Ibid.* : « Celle-ci se distingue à cet égard des règles de compétence juridictionnelle, territoriales au sens formel. Il serait oiseux de subordonner à la médiation d'une règle de conflit de lois l'applicabilité de la disposition selon laquelle une autorité ou une juridiction étatique se déclare internationalement compétente : l'acte par lequel l'agent d'un État se saisit d'une situation émane directement d'une compétence ou d'un pouvoir qu'il ne saurait tenir que de l'ordre juridique dont il relève ». On note, par ailleurs, que les auteurs semblent rejeter le fondement traditionnel de la règle, à savoir la souveraineté. Cf. *infra* Chapitre 2, Section 1, §2

³³² *Ibid.* : « Au surplus, l'applicabilité de normes procédurales étrangères ne saurait être exclue a priori [...], ce qui délivre de l'irritant problème de qualification, le caractère prétendu procédural d'une telle situation n'étant pas un motif de l'écarter ».

³³³ Pour plus de développements sur la position tenue par István Szászy, cf. GONZALEZ CAMPOS (J.D.), « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *RCADI*, 1977, tome 156, p.227, spéc. p.292 et s.

³³⁴ V° Règle de conflit de lois, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.880

³³⁵ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, n° 222, p.168

³³⁶ La possible unilatéralité de la règle de conflit de lois n'est pas traditionnellement admise même si certains auteurs l'acceptent. Pour des auteurs admettant la dualité, voir, par exemple, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, n° 214 et s., p.164 et s.

À l'inverse, d'autres auteurs confrontent et donc dissocient la méthode de la règle de conflit de lois (bilatérale) et la méthode unilatéraliste : AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *op. cit.*, n° 102, p.92.

D'autres auteurs, enfin, sont plus nuancés et, sans rejeter totalement la possibilité d'une règle de conflit unilatérale, la cantonne à quelques exceptions au principe de bilatéralité : LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *op. cit.*, n°146 et s., pp.126 et s. ; ou encore, MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n°122, p.97.

litige) et neutre (c'est-à-dire que la loi applicable n'est pas choisie en fonction de la solution substantielle).

78. Application de la définition à la règle *lex fori regit procesum*. La règle étudiée peut être énoncée comme suit : la procédure est régie par la loi du juge saisi. Il semblerait, ainsi, qu'elle réponde bien à la définition précédemment posée de la règle de conflit de lois que ce soit dans ses composantes ou dans ses caractères.

En effet, d'une part, les deux composantes de la règle de conflit sont présentes. « La procédure » représente la catégorie. Il n'est pas contestable, ni, de manière générale, contesté que, comme pour toute règle de conflit de lois, l'application de la loi désignée (à savoir la loi du for) n'intervient qu'après la qualification du problème soulevé en un problème procédural ou non³³⁷. La « liste » ainsi fournie permet de délimiter la catégorie « procédure » qui coexiste aux côtés d'autres catégories régies par des règles de conflit de lois telles, par exemple, que la catégorie « filiation » ou encore « responsabilité délictuelle ». « La loi du juge saisi » correspond, par ailleurs, au facteur de rattachement. Certes, il s'agit d'un critère particulier en ce qu'il fait dépendre la loi applicable de la juridiction compétente et donc des règles de conflit de juridictions. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un critère de rattachement permettant de déterminer la loi applicable aux éléments d'une même catégorie.

D'autre part, cet énoncé semble présenter tous les caractères de la règle de conflit de lois. La bilatéralité se retrouve tant dans l'énoncé originaire qu'au niveau de l'*exequatur*,

³³⁷ Monsieur le Professeur Vignal réfute cependant la thèse d'une qualification équivalente. Pour l'auteur, il s'agit d'une qualification préalable à la véritable qualification de droit international privé. VIGNAL (T.), *op. cit.*, n° 203, p.131 : « Il convient d'observer que, même si cette opération de délimitation entre règles de procédure et règles de fond peut sembler très proche de la qualification – après tout, il s'agit bien de qualifier une règle – elle en est, en réalité, fondamentalement différente : dans la qualification classique, il s'agit de choisir entre plusieurs catégories de rattachement ; dans cette qualification-là, il faut déterminer si une règle est procédurale, auquel cas il n'y aura pas de conflit de lois, le tribunal ne pouvant appliquer que sa propre loi de procédure, ou si elle est substantielle : c'est alors qu'il y aura conflit de lois et que la véritable qualification de droit international privé pourra s'opérer. Le choix entre loi de procédure et loi de fond correspond, en quelque sorte, à une qualification préliminaire, ou préalable, mais il ne doit en aucun cas être confondu avec la qualification stricto sensu. Cependant, comme on aura l'occasion de s'en apercevoir, le clivage entre ces deux opérations n'est pas toujours aussi absolu ».

Dans le même sens, Monsieur le Professeur Pataut souligne que « la qualification présente ici une particularité qui la distingue de la qualification habituelle du conflit de lois. Il ne s'agit pas en effet de choisir entre deux catégories qui relèvent l'une et l'autre du conflit de lois, mais entre une catégorie (la procédure) qui y échappe et une autre (la substance, au sens le plus large, incluant les règles de forme) qui y est soumise » (PATAUT [E.], « Procédure civile et commerciale », Rép. Internat. Dalloz, 2^{ème} éd., 2001 [juin 2010]).

Néanmoins, l'analogie entre les deux processus de qualification nous semble bien plus grande. Il est ainsi constant que l'hypothèse du conflit de qualifications et surtout celle du renvoi de qualification s'illustrent par les qualifications procédurales (voir, par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997, *Société Mobil North Sea et autres contre Compagnie Française d'Entreprises Métalliques*, Bull. civ. I, n° 84). Or, il apparaîtrait illogique d'illustrer ces problèmes liés à la qualification par des exemples qui n'auraient pas réellement trait à la qualification.

quand la procédure était encore contrôlée en tant que telle selon la loi du juge saisi³³⁸. De plus, l'unilatéralité, si tant est que la bilatéralité de la règle soit une condition *sine qua non* du conflit de lois, obligerait à rédiger la règle comme suit : « la loi française régit la procédure des litiges soumis aux juges français », ce qui n'est jamais le cas dans la doctrine. Il est à noter, cependant, que la quasi-totalité des États ayant adopté une forme législative de la règle l'a fait sous forme unilatérale³³⁹. Au surplus, il a été vu que l'aspect en partie publiciste de la procédure n'empêchait pas nécessairement l'existence d'un conflit de lois en la matière. Son aspect en partie privatiste induit, au contraire, nécessairement l'existence d'une règle de conflit.

79. Conclusion de la section. L'étude de l'objet et de la finalité de la procédure civile en droit interne nous a conduite à la considérer comme un droit mixte : elle organise un service public tout en permettant la satisfaction des intérêts privés des justiciables. Or, cette nature mixte a pour conséquence de réelles difficultés dans la détermination du principe soumettant la procédure à la loi du juge saisi. L'analyse de chacune des natures possibles nous incite, après avoir écarté plusieurs d'entre elles, à privilégier la conception de la règle *lex fori regit procesum* comme une règle de conflit de lois. Il convient cependant de nuancer notre propos. En effet, adopter une telle position ne remet pas en cause la règle de conflit énoncée plus haut. L'applicabilité de la loi du for reste la règle de principe en matière de procédure. Cependant, cela permet l'admission d'une incursion du droit étranger dans le domaine de la procédure et une possibilité de contractualisation de celle-ci. Une telle conception permet d'assouplir de manière justifiée la mise en œuvre de celle-ci.

³³⁸ L'arrêt *Münzer* de 1964 (Cass. 1^{ère} Civ., 7 janvier 1964, *Bull. civ. I*, n°15) édictait, parmi les cinq conditions de l'*exequatur*, « la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction ». Il s'agissait, ainsi, purement et simplement de l'application de la règle selon laquelle la procédure est régie par la loi du for. Très vite (Cass. 1^{ère} Civ., 4 octobre 1967, *Bachir*, *Bull. civ. I*, n° 277, cette condition fut abandonnée en tant que condition autonome est rattachée à l'ordre public [ordre public procédural]).

³³⁹ Voir les exemples de législations européennes donnés *supra* Section 1, §1, B. 1. À l'inverse, le projet de loi complétant le Code civil en matière de droit international privé publié en 1970 prévoyait une formulation de la règle à l'article 2316 qui projetait de disposer que « la procédure est régie par la loi de l'État du tribunal saisi ». Il s'agissait donc bien d'une formulation bilatérale.

SECTION 3 : LA REGLE *LEX FORI REGIT PROCESUM* : LES EXCEPTIONS ET LIMITES

80. Le caractère non absolu de la soumission à la loi du for. Admettre qu'il s'agit d'une règle de conflit de lois permet de moduler la mise en œuvre du principe, ce que son ancienneté nous autorise par ailleurs. La loi étrangère, au-delà des hypothèses de qualification substantielle³⁴⁰, pourra parfois être appliquée, ou tout du moins, prise en considération, alors qu'il s'agit d'un problème procédural. À propos de ce phénomène, Monsieur Foussard écrit : « *Quantitativement, il reste marginal. Qualitativement, son incursion ne bouleverse pas l'ordonnancement de la discipline et n'en affecte pas les structures. Mais le phénomène existe* »³⁴¹. Il convient dès lors d'en voir les manifestations (§1). De plus, la contractualisation croissante de la procédure en droit interne nous conduit à nous interroger sur l'incidence d'une telle question dans un contexte international (§2).

§1 : LES LIMITES A LA LOI DU FOR

81. Prise en considération d'une loi étrangère. Parfois, la loi du for n'est pas exclue au profit de la loi étrangère, mais les deux législations se combinent, apportant ainsi une nuance au principe précédemment exposé. Le procédé utilisé sera alors celui de la prise en considération³⁴². Pour Madame le Professeur Niboyet et Monsieur le Professeur Geouffre de la Pradelle, « *il y a prise en considération de la loi étrangère quand l'énoncé de celle-ci conditionne l'effet juridique posé par une règle matérielle d'un autre système juridique, généralement le droit du for* »³⁴³. Les auteurs notent d'ailleurs que ce procédé est « *une technique adéquate pour articuler les règles procédurales du for avec celles d'un système juridique étranger* »³⁴⁴. En d'autres termes, « *la loi ou le jugement étranger ne déploie pas ses effets juridiques propres, mais constitue une condition d'application d'une norme du for, dont*

³⁴⁰ Sur ces questions, cf. *infra*, Titre 2

³⁴¹ FOUSSARD (D.), « La loi étrangère dans le domaine de la procédure », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.347, spéc. p.351.

³⁴² Sur une étude approfondie de la prise en considération des normes étrangères, voir FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), *La prise en considération des normes étrangères*, Préface de B. Audit, Bibliothèque de droit privé, Tome 501, LGDJ, 2008.

Il pourrait être argué que l'utilisation de la technique de la prise en considération en matière procédurale prouve le lien entre celle-ci et le droit public. Toutefois, l'auteur a montré que si « *le droit public est le domaine privilégié de la prise en considération* », « *le droit privé n'est pas exclusif de la prise en considération* » (n°459, p.321).

³⁴³ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°243, p.180. Dans le même sens, voir MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n°144, p.112.

³⁴⁴ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op.cit.*, n°249, p.183

dépend seul l'effet juridique recherché »³⁴⁵. C'est l'effectivité de la loi prise en considération, la loi procédurale étrangère, qui est alors recherchée³⁴⁶.

Il est possible d'en voir des manifestations lors des instances directes. En droit étranger, le procédé est utilisé par exemple en matière d'adoption, notamment en Angleterre et en Suisse. Dans ces deux États, les conditions de l'adoption sont qualifiées de procédurales, et à ce titre, soumises à la *lex fori*. Toutefois, sans appliquer la loi nationale de l'adopté, la loi étrangère pourra être prise en considération pour apprécier l'intérêt de l'enfant³⁴⁷. Madame et Monsieur les Professeurs Niboyet et Geouffre de la Pradelle relèvent également l'incursion du procédé en droit français, bien que la jurisprudence soit hésitante³⁴⁸, dans le cadre des mesures provisoires³⁴⁹. L'arrêt *Consorts Denney*³⁵⁰ interdit au juge des référés de mettre en œuvre la règle de conflit de lois « *qui concerne le fond du litige* ». Pourtant, l'appréciation du caractère légitime de l'intérêt d'une telle demande, ou de l'absence de contestation sérieuse, devrait nécessairement être effectuée au regard de la loi applicable au fond du litige³⁵¹. Ainsi, les conditions procédurales du for devraient être étudiées en prenant en considération la loi étrangère, ce qui démontre une incursion de la loi étrangère dans les questions

³⁴⁵ BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°436-1, pp.507 et s. Les auteurs ajoutent que cette technique permet de donner effet à une norme qui en serait normalement dépourvue, notamment en raison de sa non désignation par la règle de conflit.

³⁴⁶ Sur le critère d'effectivité, voir FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), *op. cit.*, n°115 et s., pp.87 et s. Voir spéc., n°171, p.127 : « *La recherche du fondement de la prose en considération a permis de démontrer que seule l'effectivité de la règle qui en l'objet est à l'origine de ces complications. Mais, cette effectivité s'apprécie au cas par cas, sans qu'une règle de rattachement ne puisse servir de guide. [...] le juge ressent cette effectivité au moment où il examine les faits qui lui sont soumis et [...], sans suivre de démarche raisonnée, il aboutit à prendre en considération les règles qui en sont coiffées en les intégrant dans le droit matériel appliqué* ».

³⁴⁷ CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Préface de P. Mayer, Economica, 2004, spéc. n°114-115.

³⁴⁸ Dans le sens d'une application de la loi du for, voir notamment Cass. 1^{ère} Civ., 4 juillet 2007, *Bull. civ. I* n°255 ; *RCDIP*, 2007, p.840, note Muir Watt ; *Gaz. Pal.*, 22 mars 2008, n°82, p.30, note Niboyet : « *la mise en œuvre de mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile est soumise à la loi française et n'impose pas au juge de caractériser le motif légitime d'ordonner une mesure d'instruction au regard de la loi susceptible d'être appliquée à l'action au fond qui sera éventuellement engagée* ».

En sens inverse, pour une prise en considération implicite de la loi applicable au fond, voir Cass. 2^{ème} Civ., 6 février 2008, *Bull. civ. I* n°39 ; *Gaz. Pal.*, 22 mars 2008, n°82, p.30, note Niboyet. Dans cet arrêt, la Cour de cassation n'a pas reproché à l'arrêt d'appel d'avoir recherché la loi applicable au fond pour voir si la demande était « *sérieusement contestable* », mais lui a seulement reproché de ne pas avoir appliqué une convention internationale pourtant adéquate.

³⁴⁹ Les mesures provisoires, écartées de l'étude en introduction, sont utilisées ici à titre d'illustration.

³⁵⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 16 avril 1986, *Bull. civ. I* n°183. Sur cette question, voir REMERY (J.-P.), « Le juge des référés face aux conflits de lois », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.707

³⁵¹ En ce sens, voir MUIR WATT (H.), note *RCDIP*, 2007, p.840, spéc. n°8, suivie dans son raisonnement par JEULAND (E.), « Les internationalistes et les processualistes ont-ils une vision commune de la notion même de coordination des justices étatiques ? Etude de canardologie », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.11, spéc. p.14.

procédurales³⁵². La même idée pourrait s'appliquer concernant la légitimité de l'intérêt à agir en tant que condition d'existence de l'action en justice. La prise en considération de la loi étrangère sera d'ailleurs notre position : si la condition de la légitimité relève de la loi procédurale du for, son appréciation passerait nécessairement par une prise en compte de la loi étrangère³⁵³.

Toutefois, la plupart des manifestations de cette prise en considération peuvent être relevées dans le cadre des instances indirectes, ou lorsqu'il existe plusieurs instances concurrentes³⁵⁴. Pour ne citer qu'un exemple, les conditions de la litispendance seront appréciées en prenant en considération le droit étranger relativement à la saisine de la juridiction étrangère premièrement saisie. En effet, c'est la loi de procédure étrangère qui permettra de déterminer si sa juridiction est, à son sens, saisie. La loi de procédure du for reprendra par la suite ses droits pour en tirer les conséquences nécessaires³⁵⁵. Une telle hypothèse est celle mise en œuvre dans l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 6 décembre 2005³⁵⁶. Dans cet arrêt, la litispendance a été écartée sur le fondement de la loi procédurale française, car selon la loi algérienne de procédure, la juridiction était dessaisie par désistement. La loi étrangère de procédure était bien compétente ici. Mais, comme le note Monsieur le Professeur Pataut, « *cette applicabilité est d'une nette originalité par rapport à l'hypothèse classique de droit international privé [...]. La loi étrangère n'est en effet pas désignée comme loi applicable au fond, mais simplement prise en considération comme présupposé d'une règle française, la règle de litispendance internationale* »³⁵⁷. Au-delà, il est parfois accepté une position plus radicale constituant une véritable exception au principe *lex fori regit procesum* : l'application de la loi étrangère.

82. Application d'une loi étrangère de procédure. Bien que la qualification procédurale ne fasse guère de doutes, il existe des cas exceptionnels où l'application d'une loi étrangère est tolérée, voire requise. L'article 739 du Code de procédure civile illustre

³⁵² Dans le même sens, voir NIBOYET (M.-L.), note sous Cass. 1^{ère} Civ., 4 juillet 2007 et Cass. 2^{ème} Civ., 6 février 2008 précitée.

³⁵³ Cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1, B, 2

³⁵⁴ Voir FOUSSARD (D.), « La loi étrangère dans le domaine de la procédure », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.347.

³⁵⁵ Comme le note Monsieur Foussard (article précité, spéc. note 42, p.357), une règle matérielle européenne vide quelque peu l'exemple de sa substance, sans toutefois l'annihiler. Cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, §2, E.

³⁵⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 6 décembre 2005, *Société Nestlé France c. Makour*, Bull. civ. I n°467 ; RTD Civ. 2006, p.153, observations Perrot ; RCDIP, 2006, p.428, note Pataut.

³⁵⁷ PATAUT (E.), « Il n'y a pas litispendance si le juge étranger est dessaisi du fait d'un désistement », RCDIP, 2006, p.428, spéc. p.432

parfaitement une telle hypothèse. Cette disposition a trait aux commissions rogatoires internationales, et particulièrement celles en provenance d'un État étranger devant être exécutées en France³⁵⁸. La qualification procédurale de la commission rogatoire est indiscutable. Il s'agit d'une demande d'un juge à un autre juge « *afin de procéder à tous les actes qu'il estime nécessaires* »³⁵⁹. Située en dehors de toutes considérations de fond³⁶⁰, la commission rogatoire n'est donc bien qu'un acte de pure procédure³⁶¹. Dans le contexte international, les commissions rogatoires attestent de l'entraide judiciaire. À ce propos, l'article 739 dispose que « *la commission rogatoire est exécutée conformément à la loi française à moins que la juridiction étrangère n'ait demandé qu'il y soit procédé selon une forme particulière* ». La référence à la loi étrangère de procédure n'est pas apparente. Cependant, il semble évident que les possibles formes particulières selon lesquelles le juge français pourra procéder seront celles préconisées par la loi de l'État requérant³⁶². Ainsi, malgré la qualification procédurale des commissions rogatoires, la loi étrangère peut, possiblement, s'appliquer au stade de son exécution.

L'Union européenne connaît également ce type de dérogations. L'article 10 du règlement relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale³⁶³ pose une règle relativement similaire. En effet, la règle de principe reste, selon l'alinéa 2, l'application de la loi procédurale de la juridiction requise. Toutefois, l'alinéa 3 prévoit expressément l'éventualité d'appliquer la loi étrangère de l'État requérant, sauf incompatibilité : « *La juridiction requérante peut demander que la demande soit exécutée selon une forme spéciale prévue par le droit de l'État membre dont elle relève, au moyen du formulaire type A figurant en annexe. La juridiction requise défère à cette demande, à moins que la forme demandée ne soit pas compatible avec le droit de l'État membre dont elle relève ou en raison de difficultés pratiques majeures. Si la juridiction requise, pour l'une des raisons susmentionnées, ne défère*

³⁵⁸ Il s'agit donc des dispositions relatives à la phase d'exécution de la commission rogatoire en France par opposition aux phases d'émission, de réception et d'exploitation. Sur ces différentes phases, voir FOUSSARD (D.), *op. cit.*, pp.368-369.

³⁵⁹ Article 730 CPC.

³⁶⁰ Sur ce critère de neutralité, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2, §2, B.

³⁶¹ Des liens avec la preuve – et ces difficultés – peuvent toutefois se retrouver dans cette phase d'exécution, et surtout dans la phase d'exploitation.

³⁶² En ce sens, à propos des dispositions européennes, voir NIBOYET (M.-L.), « 2005 : la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Droit & Patrimoine*, février 2006, n°145, p.110, spéc. p.119. L'auteur prend alors l'exemple d'une preuve testimoniale demandée par une juridiction anglaise et qui imposerait la *cross examination*.

³⁶³ Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOCE L174 du 27 juin 2001, pp. 1-24.

pas à la demande, elle en informe la juridiction requérante au moyen du formulaire type D figurant en annexe ». Madame le Professeur Niboyet et Monsieur Lebeau estiment que l'incompatibilité signifie une inconciliabilité absolue, par exemple avec un principe constitutionnel de laïcité empêchant le témoignage sous serment religieux. Au-delà une contrariété intellectuelle telle qu'il existe avec la *cross examination* ou la *discovery* ne devrait pas permettre le refus³⁶⁴. De fait, il semble tout à fait envisageable qu'un juge français ait à appliquer l'une de ses modalités, qu'il ne connaît pourtant pas en droit interne³⁶⁵. De la même façon, l'article 17 alinéa 6 prévoit l'application de la loi étrangère lorsque l'autorité requérante procède elle-même à l'acte d'instruction³⁶⁶.

La signification et la notification des actes judiciaires dans l'espace judiciaire européen connaissent également ce type d'exceptions à la loi du for. L'article 7 alinéa 1 du règlement du 13 novembre 2007³⁶⁷ prévoit une compétence alternative de la législation de l'État requérant ou de l'État requis concernant les formes à respecter pour procéder à la signification ou la notification de l'acte³⁶⁸. Là encore, l'absence de lien avec le fond de l'instance est indéniable, et la qualification procédurale qui en résulte semble indiscutable, tout du moins s'agissant d'actes liés à une procédure judiciaire³⁶⁹. L'applicabilité de la loi étrangère de procédure ressort donc bien d'une exception à la loi du for, et non d'un problème de délimitation de la catégorie « procédure ». De la même façon, et assez logiquement, l'article 9 du règlement prévoit la soumission de la date d'effet de la signification ou de la notification à la loi de l'État requis, c'est-à-dire la loi de l'État où l'acte a été délivré, ou de l'État requérant – si un délai particulier a été spécifié – au titre de loi procédurale du juge saisi³⁷⁰. Ces exceptions à la loi du for sont justifiées par les circonstances : l'intervention

³⁶⁴ LEBEAU (D.) et NIBOYET (M.-L.), « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2003, n°51, p.6

³⁶⁵ En ce sens, voir également CADIET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible en version PDF à l'adresse suivante :

http://www.mpi.lu/fileadmin/mp/medien/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf

³⁶⁶ « Sous réserve des conditions fixées conformément au paragraphe 4, la juridiction requérante exécute la demande conformément au droit de l'État membre dont elle relève. »

³⁶⁷ Règlement (CE) n°1393/2007 du parlement européen et du conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les états membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du conseil, JOUE L324/79 du 10 décembre 2007.

³⁶⁸ « L'entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l'acte soit conformément à la législation de l'État membre requis, soit selon le mode particulier demandé par l'entité d'origine, sauf si ce mode est incompatible avec la loi de cet État membre. »

³⁶⁹ Dans les autres cas, notamment pour les actes extra-judiciaires, le doute est permis. Sur cette question voir FOUSSARD (D.), « La loi étrangère dans le domaine de la procédure », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.347, spéc. p.373.

³⁷⁰ « 1. Sans préjudice de l'article 8, la date de la signification ou de la notification d'un acte effectuée en application de l'article 7 est celle à laquelle l'acte a été signifié ou notifié conformément à la législation de

d'une autorité étrangère. Il n'en demeure pas moins qu'elles permettent à un juge d'appliquer une règle de procédure étrangère.

La possible application de la loi étrangère de procédure qui en découle aura, il convient de le noter, une influence sur le rapprochement matériel des procédures³⁷¹. En effet, certains auteurs³⁷² ont pu noter que l'expérience des règles étrangères œuvre dans le sens d'une harmonisation graduelle, par une adaptation mutuelle. On retire ainsi de la coopération judiciaire dans les litiges transnationaux telle qu'elle est connue aujourd'hui dans l'Union européenne un moyen indirect d'harmoniser les procédures.

§2 : LA QUESTION DE LA CONTRACTUALISATION DE LA PROCEDURE

83. Influence des réflexions internes. Au cœur d'un réel développement à l'échelle interne (A), l'admission de la contractualisation, même partielle, de la procédure nous conduit nécessairement à nous interroger sur les conséquences d'une telle évolution en droit international privé, notamment au regard de la loi d'autonomie (B).

A. La contractualisation de la procédure, développement en droit interne

84. Définition. La contractualisation de la procédure peut se définir comme l'évolution croissante de l'influence de la volonté des parties sur la tenue des procédures, que ce soit dans leur gestion, ou dans leur règlement final³⁷³. Il ne s'agit pas de considérer l'instance elle-même comme un contrat³⁷⁴, mais d'étudier le développement des contrats relatifs à l'instance, des accords entre les parties à une instance, et portant sur celle-ci.

l'État membre requis. 2. Toutefois, lorsque, conformément à la législation d'un État membre, un acte doit être signifié ou notifié dans un délai déterminé, la date à prendre en considération à l'égard du requérant est celle fixée par la législation de cet État membre. 3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent également aux modes de transmission et de signification ou de notification d'actes judiciaires prévus à la section 2. ».

³⁷¹ Sur ce rapprochement, cf. *infra*, Partie 2

³⁷² En ce sens, voir CADIET (L.), *loc. cit.*

³⁷³ CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éd. Frison-Roche, 1999, p.23, spéc. p.26 : « Elle n'en désigne pas moins une réalité courante, et même croissante, qu'illustrent les hypothèses dans lesquelles le procès, dans sa double acception de procédure et de litige, est l'objet d'une convention. Ainsi définie, la contractualisation du procès prend donc deux formes différentes. D'abord, le contrat se diffuse au sein du procès : à l'instar, sinon à l'égal de la loi et de la décision du juge, il devient, en quelque sorte, une technique complémentaire de gestion de la procédure. Surtout, de manière plus radicale, le contrat peut se substituer au jugement pour assurer, concurrentiellement, la solution même du litige ».

³⁷⁴ Historiquement pourtant, l'instance était conçue comme un contrat, mais cette conception est aujourd'hui totalement abandonnée sous l'effet de l'augmentation des pouvoirs du juge au détriment de la liberté des parties. Sur cet aspect, voir CADIET (L.), *ibid.*, pp 31-32.

85. Manifestations³⁷⁵. La seconde forme correspond aux modes conventionnels de règlement des litiges. Transaction, conciliation et autres modes alternatifs de règlements des conflits sont autant de manifestations évidentes de la contractualisation de la procédure. Elles ne concernent donc pas directement le champ de notre étude, sauf en ce qu'elles affectent le droit d'agir.

En sa première forme, les exemples de la contractualisation de la procédure sont, de prime abord, moins évidents, tant le caractère impératif de la procédure est ancré dans les esprits. Toutefois, son développement est indéniable. Ainsi, « *les parties peuvent convenir, entre elles ou avec des tiers, d'aménager le traitement judiciaire du litige né ou à naître* »³⁷⁶, leur permettant de « *simplement adapter [la procédure] à leurs besoins* »³⁷⁷. Il est possible de penser que la possibilité de créer indirectement – par l'intermédiaire de clauses correspondant à la première forme – des fins de non-recevoir, tel qu'il ressort de jurisprudences bien connues des processualistes français³⁷⁸, relève de cette contractualisation. C'est indéniablement le cas des clauses relatives à des délais d'action, ou encore des clauses défense-recours relatives au financement de l'action. Les clauses relatives à la preuve ne sont qu'un autre exemple parmi d'autres³⁷⁹. Le possible encadrement de la procédure par les parties à travers ces stipulations pose évidemment question dans le cadre du droit international privé.

B. La contractualisation de la procédure, incidence en droit international

86. Loi d'autonomie indirecte. Accepter que des règles procédurales puissent être, en quelque sorte, le fruit de clauses contractuelles en droit interne implique d'une part,

³⁷⁵ Pour une étude détaillée des manifestations du point de vue des parties, voir notamment CADIET (L.), « *Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige* », J-CI Contrats – Distribution, Fasc. 190 ; « *Les accords sur la juridiction dans le procès* », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Économica, 2001, p.34. voir également la thèse de LAMOUREUX (M.), *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants – Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préface de J. Mestre, PUAM, 2006.

Pour une étude du point de vue des juges, voir ANCEL (P.), « *L'encadrement de la juridiction par le contrat* », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Économica, 2001, p.6.

³⁷⁶ CADIET (L.), « *Les jeux du contrat et du procès : esquisse* », *loc. cit.*

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ Sur la stipulation contractuelle d'une clause de conciliation dont le non respect constitue une fin de non-recevoir, voir Cass. Mixte., 14 février 2003, *Bull. civ. – Chambre mixte* n°1. Toutefois, pour être constitutives de fins de non-recevoir, ces clauses doivent prévoir des conditions précises de réalisation, Cass. Com, 29 avril 2014, *Bull. civ. IV* n°76.

³⁷⁹ Voir, par exemple, Cass. 1^{ère} Civ., 8 novembre 1989, *Bull. I* n°342 : « *alors que la société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites* »

l'admission d'une telle faculté à l'échelle des litiges internationaux, d'autant plus que l'ordre international est plus permissif³⁸⁰. C'est déjà assouplir l'impérativité de la loi du for en droit international privé, tout comme la loi de procédure n'est pas absolue en droit interne.

Cela impose, d'autre part, nécessairement de s'interroger sur la place de la loi d'autonomie, même indirecte, au regard des questions procédurales. En effet, il est inutile de rappeler la place de la volonté individuelle des parties en matière contractuelle : par principe, elles peuvent décider de la loi applicable à leurs relations. Or, en permettant à des clauses d'un contrat soumis à la loi d'autonomie de régir certains aspects procéduraux, n'est-ce pas, indirectement, soumettre une partie de la procédure à la loi d'autonomie ? En effet, imaginons une clause contractuelle – par exemple, une clause obligeant les parties à une conciliation préalable obligatoire – insérée dans un contrat soumis à une législation étrangère choisie par les parties. La validité de cette clause et donc l'applicabilité de cette règle contractuelle de procédure seront en partie soumises à cette loi étrangère par le truchement de la question plus générale de la validité du contrat³⁸¹.

Par ailleurs, en l'état très récent de la jurisprudence française³⁸², une autre question se pose. Il s'agit du cas où cette clause ne prévoit pas des conditions précises de mise en œuvre. La loi applicable au contrat aura-t-elle vocation à s'appliquer sur ce type de problématique permettant de déterminer la nature de la clause, ou la loi du for doit-elle s'appliquer ? Quid, dans une instance française, d'une clause contenue dans un contrat soumis à un droit étranger et qui ne serait pas précise, ou qui n'aurait pas été mise en œuvre avant la saisine, mais avant que le juge ne statue ? Plusieurs éléments de réponse peuvent être apportés à cette interrogation. Tout d'abord, il nous semble qu'un parallèle pourrait être fait avec la question de la validité de la clause attributive de juridiction en droit commun. Si la clause est licite par principe, sa validité est soumise à la loi du contrat. Il pourrait en être de même pour les clauses relatives à la procédure. Elles sont, par principe, licites, mais leur validité sera soumise à la loi du contrat, et donc à la loi d'autonomie. Ensuite, il est tout à fait possible de

³⁸⁰ Pour s'en convaincre, il suffit de relever, par exemple, que les clauses attributives de juridiction sont bien plus favorablement accueillies lorsque le litige est international qu'en droit interne (Cass. 1^{ère} Civ., 17 novembre 1985, *Compagnie des signaux*, Bull. Civ. I n°354, RCDIP, 1986, pp. 537 et s., note H. Gaudemet-Tallon).

³⁸¹ En ce sens, et relativement à la question de la signification, voir GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, n°4.01, p.71 : « *the question of whether parties have entered into an agreement with respect to service or the validity of the such agreement is governed by the proper law of the agreement* ». L'auteur se fonde sur l'arrêt *Samarni v. Williams* [1980] 2 NSWLR 389.

³⁸² Cass. Com, 29 avril 2014, Bull. civ. IV n°76 : « *Attendu que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci* ».

penser que les conditions de validité d'une telle clause – ou tout du moins les conditions permettant qu'elle ait une réelle efficacité procédurale – devraient être plus permissives dans un litige comportant un élément d'extranéité que dans un litige interne. Une clause de conciliation préalable obligatoire prévue dans un contrat international, même imprécise, pourrait ainsi produire des effets procéduraux. Enfin, la détermination de la loi applicable nous semble *a priori* dépendre de la qualification que la question aurait pu recevoir en l'absence d'une action des parties. Toutefois, la situation particulière invite à s'interroger plus avant en mettant en œuvre le fondement qu'il faut préalablement dégager³⁸³.

87. Loi d'autonomie directe ? La contractualisation croissante de la procédure, et les travaux relatifs à l'harmonisation des règles de procédure internationales soulèvent également la question de la possibilité pour les parties, de choisir contractuellement des règles de procédure ne relevant pas de la *lex fori*³⁸⁴. Plus particulièrement ici, il s'agit du problème du choix d'un ensemble complet de règles procédurales ne dépendant pas du juge saisi, et même non étatiques. Ainsi, Messieurs les Professeurs Cadiet et Jeuland soulèvent l'interrogation. Selon les auteurs, « *il est même permis de se demander si, dans une mesure restant à déterminer, les Principes de procédure civile transnationale élaborés par UNIDROIT ne pourraient pas faire l'objet d'une certaine contractualisation dans les litiges du commerce international* »³⁸⁵.

Toutefois, une telle possibilité ne nous semble pas envisageable en l'état actuel des conceptions de l'Union européenne. En effet, les débats, dans le cadre de l'adoption du règlement Rome I, et l'affirmation de la nécessaire référence à une loi étatique qui en a découlé démontrent le rejet européen d'autoriser le recours à des règles non étatiques que constituent ces principes UNIDROIT. Néanmoins, rien n'interdit aux parties d'adopter ponctuellement dans leur contrat des clauses issues de ces principes – celles qui ne dérogeraient pas aux règles impératives du for – et ayant la même valeur que celles évoquées précédemment.

88. Conclusion de la section. Le principe selon lequel la procédure est régie par la loi du juge saisi, même si nous l'approuvons, souffre donc d'exceptions et de nuances permises par sa nature de règle de conflit de lois et son ancienneté. Ainsi, la loi étrangère peut, avec des

³⁸³ Cf. *infra*, Chapitre 2, et spéc. Section 2, §2

³⁸⁴ Sur un tel débat, voir *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, sous la direction de Ph. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, spéc. p.124 et s.

³⁸⁵ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, n°18, p.13.

différences d'intensité, avoir parfois un rôle à jouer sur des questions procédurales à l'image des commissions rogatoires internationales. De même, la contractualisation croissante de la procédure dans les litiges internes laisse une place, même infime, à la loi d'autonomie dans notre matière. Ces quelques dérogations au principe ne l'ébranlent toutefois pas, il doit constituer la règle en matière procédurale.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

89. Un principe universel. L'ancienneté séculaire de la règle selon laquelle la procédure doit être soumise à la loi du for – elle remonterait au moins au XIII^e siècle – et son universalité spatiale – elle est connue de tous les États – tendent à démontrer l'insuffisance de la formulation européenne d'une règle de conflit. Cette affirmation est d'autant plus vraie que nous avons établi qu'il s'agissait plus d'un véritable principe universel que d'une simple règle de droit positif. Partant, il apparaît que la seule codification du principe *lex fori regit procesum* – si elle est possible, et sans doute souhaitable afin d'encadrer la règle à une échelle européenne – ne permettrait absolument pas d'enrayer les difficultés ayant conduit l'Union européenne à agir. La source de celles-ci n'est à l'évidence pas dans sa formulation.

90. Une règle de conflit de lois permettant des nuances. Néanmoins, si la règle doit être conservée en son principe, il n'est pas rejeté toute forme d'ajustements de celle-ci dans sa mise en œuvre. Or, c'est la nature mixte de la procédure – à la fois droit privé et droit public – combinée à une définition stricte de cette notion dans le cadre de notre étude qui conduit à accepter l'idée d'un conflit de lois en matière procédurale. Cela permet dès lors de procéder à ces assouplissements. Il s'agira alors d'accepter l'incursion de la loi étrangère que ce soit par la méthode de la prise en considération ou de façon plus directe, par l'application d'une loi procédurale étrangère. Sans aller jusqu'à l'adoption de règles procédurales non étatiques, une petite part de loi d'autonomie pourrait même être envisagée s'agissant des clauses contractuelles aménageant la procédure. Cette position est accentuée par l'évolution des fondements de la règle. Tout en confortant notre position quant à la nature de celle-ci, ils permettent de la justifier, consacrant par là même le bien-fondé de la conservation du principe par l'Union européenne, malgré ces exceptions.

CHAPITRE 2

LA JUSTIFICATION DU CONSENSUS EUROPEEN : LES FONDEMENTS DE LA REGLE *LEX FORI REGIT PROCESUM*

91. Définition de la notion de fondement. S'interroger sur les fondements de la règle *lex fori regit procesum* revient à se demander comment la justifier. En effet, comme à son origine au XII^{ème} siècle³⁸⁶, le fondement se définit en droit comme la « *valeur, référence de base (souvent associée à d'autres) sur laquelle repose une règle, une institution, un système juridique et qui en éclaire l'esprit* »³⁸⁷. Celui-ci agit sans conteste sur la nature de la règle évoquée précédemment en ce que, par exemple, une vision souverainiste ne semblait pas permettre, à tort³⁸⁸, d'y voir une règle de conflit de lois.

92. La nécessité de redéfinir les fondements de la règle *lex fori regit procesum*. Plusieurs fondements ont alors pu être avancés afin de justifier la règle selon laquelle la procédure devrait, nécessairement, être soumise à la loi du for. Les auteurs francophones privilégient, par exemple, le fondement souverainiste alors que la doctrine de *Common Law* y voit principalement une règle empreinte de commodité. Néanmoins, les uns et les autres appellent des critiques conduisant inéluctablement à s'interroger, à l'image de Madame le Professeur Niboyet, sur la pérennité de leur pertinence³⁸⁹.

Toutefois, le rejet des fondements traditionnels (*Section 1*) n'implique pas pour autant que le principe ne soit plus justifié et donc qu'il doive être totalement rejeté. En effet, de nouveaux fondements permettant d'asseoir celui-ci et de dégager un critère de délimitation de la catégorie peuvent être recherchés (*Section 2*).

³⁸⁶ V^o fondement, *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction d'Alain Rey, Édition Dictionnaire Le Robert, 4^{ème} éd., 2010 : « *est emprunté (1119) au latin classique fundamentum "fondation, base" au propre et au figuré [...]. Le mot est dérivé de fundare (fonder). [...] Par extension, plutôt au singulier (v. 1175), fondement désigne ce sur quoi repose un ensemble de connaissances.* »

³⁸⁷ V^o fondement, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.467

³⁸⁸ Sur la place de la souveraineté dans les conflits de lois, cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §2, A., 1., a.

³⁸⁹ NIBOYET (M.-L.), « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.363 et spéc. p.365 à 371 ; voir également, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, p.448 dont l'intitulé du paragraphe dédié aux fondements de la règle ne laisse pas place au doute sur le point de vue des auteurs : « *Le fondement (à redéfinir) de l'application de la loi du for* ».

SECTION 1 : LE REJET DES FONDEMENTS TRADITIONNELS DU PRINCIPE *LEX FORI REGIT*

PROCESUM

93. Les fondements envisagés par la doctrine. La doctrine internationaliste justifie de plusieurs façons le principe *lex fori regit procesum*. L'un de ces possibles fondements, la stricte territorialité des règles de droit public, se confond aisément avec la nature de la règle et a déjà été évoqué précédemment³⁹⁰. Il a, alors, été rejeté, tant sur le plan de la stricte territorialité que sur celui de la nature publiciste de la procédure, aussi, nous n'entendons pas y consacrer de nouveaux développements. Par ailleurs, une petite part des sources internationalistes s'interroge sur l'application de la règle *locus regit actum* (§1). Les fondements principalement retenus restent la souveraineté (§2) et la commodité (§3).

§1 : LA REGLE LOCUS REGIT ACTUM

94. L'amalgame avec la règle *locus regit actum*. Fonder la règle régissant la procédure sur l'adage bien connu selon lequel la forme de l'acte est régie par la loi du lieu de conclusion de celui-ci n'est pas la position dominante. Malgré un jugement remarqué, dont l'ancienneté n'est que relative, un tel fondement reste l'apanage d'auteurs anciens (A). Il n'est pourtant, aujourd'hui, absolument pas défendu et, si les auteurs contemporains s'attardent sur cet élément, ce n'est que pour mieux le rejeter (B).

A. Exposé du fondement

95. Définition de la règle *locus regit actum*. La règle *locus regit actum*³⁹¹ est celle présidant le conflit de lois concernant la forme des actes juridiques et selon laquelle celle-ci est régie par la loi du lieu de conclusion de l'acte. À l'image du principe soumettant la procédure à la loi du for, elle compte parmi les règles de conflit les plus anciennes du droit international privé. Elle a néanmoins considérablement évolué puisqu'à l'origine, elle régissait aussi bien le fond des actes juridiques que leur forme. Aujourd'hui, cette règle se justifie elle-même principalement par la commodité³⁹², les parties contractantes étant réputées plus à même de connaître les formes exigées à l'endroit où elles se trouvent. Reprenant cette justification, Messieurs les Professeurs Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières

³⁹⁰ Voir *supra* Chapitre 1, Section 2, §2, A, 1, b.

³⁹¹ Pour une étude complète de la règle, voir LEGIER (G.), note *JDI*, 1995, p.607 ; « Actes juridiques », J-Cl. Droit International, fasc. 551-10 (refondu par Gwendoline Lardeux)

³⁹² Pour la place de la commodité dans les justifications de la règle *lex fori regit procesum*, cf. *infra*, §3.

énoncent alors cette idée en relevant « *que la règle locus regit actum est imposée par les besoins de la pratique* »³⁹³.

Il est constant, depuis la fin du XIX^{ème} siècle et les travaux d'Armand Lainé, que cette règle a un caractère facultatif. La loi régissant l'acte au fond a, en effet, de plus en plus vocation à être mise en œuvre, allant jusqu'à une application de principe de celle-ci selon un certain courant doctrinal. C'est ainsi le point de vue défendu, notamment, par Monsieur Vincent Delaporte dans sa thèse, soutenue en 1974, intitulée *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*³⁹⁴. Il y critique le rattachement autonome de la forme des actes. Sans pour autant renier toute possibilité de recourir à la loi du lieu de conclusion de l'acte, il ne lui laisse qu'une fonction subsidiaire au profit de l'application de principe de la loi applicable au fond, les exigences de forme n'étant là que pour servir les règles de fond³⁹⁵. Cette absence d'impérativité résulte du revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation dans l'arrêt *Viditz c/Gesling* du 20 juillet 1909³⁹⁶ et étendu à tous les contrats internationaux par un arrêt de la Première chambre civile en date du 28 mai 1963³⁹⁷. Néanmoins, figurent parmi les exceptions à ce caractère facultatif les actes publics, c'est-à-dire les actes rédigés par une autorité publique. Il s'agit alors d'une illustration de l'adage *auctor regit actum* qui nourrit l'amalgame entre la règle *locus regit actum* et le principe selon lequel la procédure est régie par la loi du for³⁹⁸.

³⁹³ LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, n°562, p.540

³⁹⁴ DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse Paris I, 1974

³⁹⁵ *Ibid.*, p.496, n° 287 : « toute forme, de quelque façon qu'elle soit sanctionnée, est l'accessoire de règles de fond qu'elle met en œuvre et se trouve ainsi incluse dans un ensemble d'autres règles complémentaires les unes des autres, c'est-à-dire dans une institution dont on ne peut la détacher sans du même coup priver la forme de sa raison d'être et contrarier les fins que cette institution visait. Nous en concluons donc que les dispositions de forme sont solidaires des dispositions de fond et doivent être régies par la même loi : lorsque la règle de conflit désigne une loi de fond, cette loi doit être appliquée avec ses dispositions de forme.

[...] sans doute il serait vain de nier, à l'encontre d'une tradition qui remonte aux origines mêmes du droit international privé, que la loi du lieu de l'acte ait aucun rôle. Mais l'application de la loi locale ne soit être que subsidiaire. »

³⁹⁶ Cass. Civ., 20 juillet 1909, *Bull. civ. I*, n° 100, *JDI*, 1909, p.1098, conclusion AG Baudoin ; *RCDIP*, 1909, p.900, mêmes conclusions ; *DP*, 1911, 1, p.185, note Politis ; *S.*, 1915, 1, p.165 : « Attendu que la forme extérieure des actes est régie par la loi du pays où ils ont été passés ou rédigés et que ce principe s'applique au testament comme à tous autres actes ; mais attendu que cette règle est simplement facultative en ce qui concerne les testaments privés, qu'elle a été admise pour faciliter ces actes accomplis, soit par les Français à l'étranger, soit par les étrangers en France et qu'elle n'a d'autre effet que d'accorder au testateur un droit d'option entre les formes admises par sa loi nationale et celles qui sont exigées par la loi du pays où il se trouve ».

³⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1963, *Sté Richebé c/Sté Roy Export et Charlie Chaplin*, *Bull. civ. I*, n° 284, *D.* 1963, p.677 ; *JDI*, 1963, p.1004, note B. Goldman ; *RCDIP*, 1964, p.513, note Y. Loussouarn ; *JCP G*, 1964, II, 13347, obs. Ph. Malaurie ; *GAJFDIP*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n° 40.

³⁹⁸ Cf. *infra*, §2

96. Une référence jurisprudentielle récente. Il y a quelques années, et de façon assez surprenante – rares étant les décisions justifiant l'applicabilité de la loi du for à la procédure –, le juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Paris, dans une décision en date du 15 mars 1995³⁹⁹, a en partie fondé la compétence de la *lex fori* sur cette règle *locus regit actum*. Dans cette affaire, des marchandises commandées par une société turque à une société américaine n'avaient pas été livrées. Une clause d'arbitrage a alors été mise en œuvre par l'acheteur qui, parallèlement, obtint l'autorisation du juge français de pratiquer une saisie conservatoire sur des fonds appartenant à la société américaine et détenus dans une banque française. La société américaine demande alors la mainlevée de la saisie en s'appuyant sur deux moyens. D'une part, le défendeur soulève l'incompétence des tribunaux français au profit de la juridiction arbitrale. D'autre part, et c'est sur ce point que la décision nous intéresse, il argue de l'inapplicabilité de la loi française à la mesure conservatoire et, plus généralement, aux relations l'unissant au demandeur. Le juge rejette alors la demande de mainlevée. Concernant l'applicabilité de la loi française, le tribunal retient l'application de la loi du for à la procédure, catégorie dont font partie les mesures conservatoires demandées. Il justifie cette règle par deux fondements, notamment, « *par application de la règle "locus regit actum"* ».

Si la référence est critiquable et a été critiquée⁴⁰⁰, il n'en reste pas moins qu'elle démontre un possible amalgame entre les deux solutions.

97. La doctrine ancienne. Dans la doctrine ancienne, rares sont, finalement, les références faites à ce fondement⁴⁰¹. Néanmoins, Étienne Bartin souligne son utilisation en notant « *qu'on a souvent donné une raison détestable : on a présenté l'application de la lex fori aux règles de procédure, comme une conséquence de l'application, aux formes des actes juridiques, de la loi du lieu où ils sont passés, locus regit actum* »⁴⁰².

³⁹⁹ TGI JEX Paris, 15 mars 1995, *JDI*, 1997, p.813, note B. Audit.

⁴⁰⁰ Cf. *infra* B, et, spécialement sur cet arrêt, note de Bernard Audit, *JDI*, 1997, p.813

⁴⁰¹ Voir, cependant, les références citées par SZASZY (S.), « The basic connecting factor in international cases in the domain of civil procedure », 15 *International and Comparative Law Quarterly*, (1966), p.436 et spéc. p.445

⁴⁰² BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome 1, Domat-Montchrestien, 1930, n° 164, p.405

C'est ainsi la solution que soutenait, pour sa part, Arminjon⁴⁰³. La procédure judiciaire devrait, selon lui, être assimilée aux formes des actes en raison de l'équivalence des motifs qui sous-tendent ces deux solutions : commodité et justice.

Eugène Audinet n'expliquait pas expressément la compétence de la *lex fori* sur la règle *locus regit actum*, mais raisonnait tout de même par analogie avec celle-ci. En effet, selon l'auteur, « [i]l en est ainsi [...] pour un motif analogue à celui qui justifie la règle *locus regit actum*. De même que les officiers publics ne peuvent instrumenter qu'en suivant les formes prescrites par la loi dont ils tiennent leurs pouvoirs, de même aussi les magistrats ne peuvent juger qu'en suivant les formes prescrites par la loi qui les a institués »⁴⁰⁴. Il est alors possible de relever que la justification s'apparente plus à l'argument avancé du devoir du juge national dans le cadre du service public de la Justice qu'à la véritable règle *locus regit actum*. Tout au plus s'agit-il de la traduction judiciaire de l'adage *auctor regit actum* sur lequel nous reviendrons⁴⁰⁵.

Finalement, il apparaît nécessaire de noter le faible rayonnement, tout du moins récent, de ce fondement que ce soit dans la doctrine ou la jurisprudence. Néanmoins, cette hypothèse est loin d'être absente des écrits doctrinaux. En effet, bien que celui-ci soit rarement défendu par les auteurs internationalistes contemporains, ces derniers n'y sont cependant pas indifférents et le combattent vivement.

B. Rejet du fondement

98. Le rejet ancien de l'amalgame. Malgré une assise doctrinale semble-t-il importante à l'époque, très tôt, la jurisprudence a pu écarter la maxime *locus regit actum* comme fondement de la loi du for régissant la procédure. Dès 1872, et un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, les juges judiciaires ont noté que « *la maxime locus regit actum généralement adoptée par l'usage des nations s'applique à la forme, à l'instrument des conventions humaines, aux donations, aux contrats de mariage, aux testaments, aux actes mêmes de l'état civil, mais non aux actes de procédure. Les formes de la procédure sont régies par la loi du pays où la demande est portée* »⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Cf. sur ce point, BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003, n° 172, p.144

⁴⁰⁴ AUDINET (E.), *Principes élémentaires du droit international privé*, Pedone-Lauriel, 1894, p. 343

⁴⁰⁵ Cf. *infra* §2.

⁴⁰⁶ CA Toulouse, 29 janvier 1872, *Denton et Hall c. Bouillon*, JDI 1874, p.78. Une assignation devant une Cour anglaise a été délivrée en France à un défendeur français suivant la forme anglaise, celle-ci offrant des garanties plus importantes au défendeur puisqu'elle impose la remise personnelle de la citation, de « la main à la main ». La loi anglaise, loi de procédure, a été jugée valablement applicable.

Trois arguments ont alors pu être avancés pour justifier cette position d'exclusion. Tout d'abord, certains auteurs évoquent l'idée d'une différence de motifs⁴⁰⁷ entre les deux règles. Ensuite, il ressort une absence d'équivalence stricte entre forme et procédure qui conduit nécessairement à ne pas confondre les deux solutions. Enfin, certains auteurs ont pu avancer l'impossibilité d'étendre au principe *lex fori regit procesum* le caractère facultatif attaché à la maxime *locus regit actum*.

99. Des motifs différents. Reprenant la position d'Étienne Martin⁴⁰⁸, Messieurs les Professeurs Batiffol et Lagarde notent que le principe attribuant compétence à la loi du for « diffère profondément [...] de la règle *locus regit actum* [...] qui ne repose aucunement sur les mêmes motifs »⁴⁰⁹.

Or, il est permis de penser que l'argument de la différence de motifs entre les deux règles est discutable si nous raisonnons à partir des fondements traditionnels concernant la procédure. En effet, la motivation contemporaine de la règle *locus regit actum* est la commodité. Force est de constater que cette justification est loin d'être absente lorsqu'il s'agit d'exposer les motivations du principe *lex fori regit procesum*⁴¹⁰. Plus encore, elle est le fondement premier avancé par la doctrine anglo-saxonne. La différence de motifs est donc loin d'être l'argument le plus convaincant lorsqu'il s'agit d'écarter la règle *locus regit actum* comme fondement. Il faut donc nous interroger sur les autres critiques pouvant lui être adressées.

100. L'absence d'équivalence entre forme et procédure. La deuxième critique est l'absence d'équivalence entre forme et procédure⁴¹¹. En effet, certains auteurs ont montré, à juste titre, que ce fondement ne valait que tant que l'on pensait que la procédure était constituée uniquement de formes⁴¹². Certes, la définition de la forme dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie juridique* d'André Lalande pose qu'« en Droit, la

⁴⁰⁷ Le motif est ici à prendre au sens de fondement de la règle, de justification de celle-ci (V^o motif, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.668).

⁴⁰⁸ BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome 1, Domat-Montchrestien, 1930, §164, p.405

⁴⁰⁹ BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, Tome 2, LGDJ, 6^{ème} éd., 1976, n^o 697

⁴¹⁰ Cf. *infra*, §3

⁴¹¹ Sur la question de la forme et du fond dans la procédure, voir, par exemple, JEULAND (E.), « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.443

⁴¹² Sauf à opter pour une conception large de la notion de « forme ». NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préface de B. Goldman, Economica, 1986, n^{os} 72 et s., pp.39 et s.

forme, qui est l'ensemble des règles à suivre dans la procédure, s'oppose au fond, qui est l'objet particulier de l'affaire considérée »⁴¹³. Il en ressortirait, à première vue, une équivalence entre la procédure et la forme que l'on retrouve dans le caractère formaliste de la procédure souvent rappelée⁴¹⁴.

Cependant, en y regardant de plus près, il est établi aujourd'hui qu'à l'intérieur même de la procédure, il faut distinguer les règles procédurales de forme et les règles procédurales de fond⁴¹⁵. Le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu a, ainsi, une position plus nuancée. Il ne propose pas le terme de « procédure » comme synonyme du terme « forme », mais ne suggère que de comparer les deux notions⁴¹⁶. De même, Monsieur le Professeur Callé relève qu'« [i]l est communément admis que la distinction entre la procédure et la substance ne doit pas être confondue avec celle entre le fond et la forme. Des règles de fond et de forme existent tout aussi bien au sein de l'ensemble des règles procédurales qu'au sein de l'ensemble des règles substantielles »⁴¹⁷. En effet, la possible exigence d'un écrit pour la validité d'un acte juridique, par exemple, est une pure question de forme, mais n'est aucunement une règle procédurale. À l'inverse, l'exigence d'un débat contradictoire ou les conditions de fond de régularité d'un acte de procédure sont bien, et par définition, des questions de fond et non de forme malgré le fait qu'il s'agisse de règles de nature procédurale. Ainsi, quelle que soit la place accordée à cette maxime dans le cadre de la procédure, la règle *locus regit actum* ne peut donc pas, de quelque manière que ce soit, fonder la totalité de la règle *lex fori regit procesum*.

C'est pour cette raison, associée à la suffisance, selon l'auteur, des fondements traditionnels notamment la souveraineté, que Monsieur le Professeur Audit a critiqué la référence faite à la règle *locus regit actum* dans la décision du juge de l'exécution parisien.

⁴¹³ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd. « Quadrige », 2010, V^o Forme

⁴¹⁴ Voir, par exemple, HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n^o 5, p.19 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, n^o12, pp.12-13 ; ou encore, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n^{os}16 et s., pp.10 et s.

⁴¹⁵ En ce sens, voir, par exemple, TERRE (F.), « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *TCFDIP*, 1964-1966, p.117 : « A ne s'en tenir qu'aux formes de procéder, il serait, on le sait, erroné de croire, quoi que pense le profane, que tout n'est que forme, en procédure civile ».

⁴¹⁶ V^o Forme, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.473

⁴¹⁷ CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Préface de P. Mayer, Economica, 2004, p. 53. Dans le même sens, voir également BOLZE (A.), *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, Thèse Paris II, 1996, n^o 25, p.14 : « la procédure n'est pas que pure forme parce qu'il existe des manifestations matérielles au sein des règles de procédure. Procéder, en effet, c'est aussi déterminer comment il faut procéder ».

Ainsi, selon l'annotateur, le juge « *accumule inutilement les justifications* » et celle-ci est à écarter, car la procédure ne se définit pas comme la forme des actes⁴¹⁸.

101. L'impossibilité d'étendre le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*.

La troisième critique a trait au caractère facultatif de la règle *locus regit actum* qui, comme il a été exposé précédemment, en est le caractère principal, depuis l'arrêt *Viditz* de 1909. Or, certains auteurs ont montré l'impossibilité d'étendre cette spécificité au principe attribuant compétence à la loi du for pour régir la procédure. En effet, toujours selon Étienne Bartin, la soumission de la procédure à la loi du for revêt un caractère impératif qui va à l'encontre de la supplétivité de la règle *locus regit actum*.

Il est à noter, cependant, que l'une des exceptions au caractère facultatif de la règle *locus regit actum* est l'intervention d'une autorité publique. Il s'agit alors plutôt de l'application de l'adage *auctor regit actum*. Celui-ci provient de l'apparente obligation, pour une autorité publique « *d'instrumenter dans les formes prévues par la loi qui l'habilite* »⁴¹⁹. Mais, cette justification permet de se rattacher à un autre fondement traditionnel du principe *lex fori regit procesum* et donc d'écarter la règle *locus regit actum*. En effet, justifier ce principe par l'adage *auctor regit actum* qui lui-même se justifie par le fait, pour une autorité publique, de suivre les lois qui l'habilitent revient à le fonder sur la notion de service public de la Justice elle-même liée à la notion de souveraineté.

§2 : LA SOUVERAINETE

102. Le fondement principal de la tradition civiliste. La doctrine civiliste démontre à l'égard de ce fondement un profond attachement. La souveraineté est, pour ces auteurs, la justification suprême et immuable de la règle étudiée quel que soit l'angle sous lequel est observé ce fondement (**A**). Cependant, le recul marqué de la souveraineté dans la théorie générale du droit international privé conduit nécessairement à s'interroger sur le bien-fondé d'une telle justification concernant la règle particulière qui nous intéresse ici. Ce questionnement nous conduira alors à rejeter ce fondement traditionnel (**B**).

⁴¹⁸ TGI JEX Paris, 15 mars 1995, *JDI* 1997, p.813, note Audit

⁴¹⁹ LEGIER (G.), « Actes juridiques », *J-CI Droit International*, fasc. 551-10 (refondu par Gwendoline Lardeux), n° 33

A. Exposé du fondement

103. Définition générale de la souveraineté. Dans un sens commun, la souveraineté désigne « *le caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre ; puissance suprême et inconditionnée dans laquelle l'ordre international reconnaît un attribut essentiel de l'État* »⁴²⁰. Selon un sens plus précis pour notre étude, la souveraineté constitue l'« *aptitude légale de l'État, pleine et entière, qui lui permet, du moins potentiellement, d'exercer tous les droits que l'ordre juridique international connaît, et en particulier la faculté de décider, d'accomplir un acte, de poser des règles* »⁴²¹. Elle est liée à l'intérêt de l'État⁴²².

Cela correspond, en réalité, au principe international notoire d'indépendance attribué à chaque État et à l'inexistence d'une quelconque autorité politique supérieure à celui-ci. Sur la scène internationale, cette souveraineté est attribuée aux seuls États, ce qui leur permet de bénéficier de prérogatives fondamentales et de la protection qui y est associée⁴²³. Les attributs liés à la souveraineté peuvent être regroupés sous deux grandes catégories : le droit à « l'auto-organisation » et la possibilité de conduire des relations internationales. Cette notion est souvent invoquée dans le domaine des relations privées internationales et, notamment, comme fondement de certaines règles de conflits.

104. La souveraineté comme fondement en droit international privé. Monsieur le Professeur Paul Lagarde voit dans le principe de souveraineté l'un des quatre principes de fondement des règles de conflit avec, évidemment, le principe de proximité, mais également la finalité matérielle de certaines règles de conflit et l'autonomie de la volonté⁴²⁴. Il le définit comme le fait, pour un État, de pouvoir légitimement exiger que tel ou tel problème soit obligatoirement soumis à la loi du for.

⁴²⁰ V^o souveraineté, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.983. Une définition similaire peut être trouvée dans le *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001 publié sous la direction de Jean Salmon, V^o Souveraineté, p.1045 : « *dans l'ordre international, caractère de l'État signifiant qu'il n'est soumis à aucun autre pouvoir de même nature* ».

⁴²¹ SALMON (J.) (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, V^o souveraineté, p.1045

⁴²² PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 298, 1999, spéc. n°46, p.30. En sens contraire, voir BONNICHON (A.), « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP*, 1949, p.615 et 1950, p.11, spéc. p.19.

⁴²³ Voir, par exemple, CANAL-FORGUES (E.) et RAMBAUD (P.), *Droit international public*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2011, p.183. Les auteurs y exposent trois procédés de protection : « *le principe de non-intervention dans les affaires intérieures, l'existence d'un domaine réservé et le bénéfice d'immunités juridictionnelles* ».

⁴²⁴ LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, tome 196, p.49

La notion de souveraineté dans le cadre du droit international privé, et plus précisément du conflit de lois, a fait l'objet d'une étude approfondie dans un article d'André Bonnichon publié en 1949⁴²⁵. Distinguant souveraineté personnelle et souveraineté territoriale⁴²⁶, l'auteur relève que la souveraineté ou plutôt le conflit de souverainetés « constitue à la fois un aspect particulier sous lequel on peut envisager les conflits de lois, et un principe de solution pour les résoudre. Cette idée représente une analyse du problème posé au législateur ou au juge, et en même temps comme une indication impérative de la manière de trancher »⁴²⁷. Le premier aspect de la définition correspond au courant doctrinal qui voyait dans le conflit de lois un conflit de souverainetés étatiques⁴²⁸. Le second constitue un principe de fondement des règles de conflit, principe formel pour reprendre la classification de l'auteur⁴²⁹. L'auteur rajoute un troisième sens consistant dans « l'emprise qu'exercerait l'État sur les choses et sur les personnes »⁴³⁰. Or, c'est dans le sens de principe

⁴²⁵ BONNICHON (A.), « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP*, 1949, p.615 et 1950, p.11

⁴²⁶ Ainsi, à la page 19, l'auteur explique que la souveraineté personnelle correspond au lien unissant l'État et ses ressortissants quel que soit le lieu où ils se trouvent alors que la souveraineté territoriale correspond aux règles d'intérêt général s'imposant sur le territoire de l'État souverain. Les questions de soumission de la procédure à la loi du tribunal saisi relèveraient donc de la souveraineté territoriale.

⁴²⁷ *Ibid.*, p.617

⁴²⁸ Si l'auteur fait un rapide historique de la théorie du conflit de lois et de la notion de conflit de souverainetés étatiques, des développements plus ou moins conséquents peuvent être trouvés dans de nombreuses références. Voir, par exemple, outre les chapitres y afférents dans les manuels de droit international privé, GOTHOT (P.), « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.343 ; LOUIS-LUCAS (P.), « DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS — Conflits de lois — Théorie générale — Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois », J.-Cl. Droit International, Fasc. 530-A et 530-B ; MEIJERS (E.M.), *Études d'histoire du droit international privé*, Éditions du CNRS, 1967 ; « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge », *RCADI*, 1934, tome 49, p.547.

Ainsi, après avoir été longtemps ignorée par la doctrine, la théorie du conflit de lois est marquée par l'avènement de la doctrine italienne (Accurse, Bartole) à l'origine de la théorie des statuts selon laquelle chaque loi devait être examinée en vue d'en déterminer le domaine d'application. Cette doctrine statutiste va, par la suite, se scinder en deux courants de pensée. Contrairement aux personnalistes (Mancini) qui réservent une place prépondérante à la nationalité, les territorialistes, représentés par D'Argentré ou Dumoulin, posent une présomption selon laquelle toutes les coutumes sont réelles et donc territoriales, laissant aux coutumes personnelles une vocation résiduelle. Cette doctrine territorialiste, reprise par l'École hollandaise, est le berceau de la souveraineté dans la théorie des conflits de lois et de l'idée de conflit de souverainetés : selon ces auteurs, les coutumes sont essentiellement territoriales en ce qu'elles émanent d'un souverain qui, à ce titre, ne peut supporter qu'une coutume étrangère s'applique sur son territoire. L'arrivée de la pensée savignienne au XIXe siècle met un terme à cette théorie des statuts, mais pas à l'idée de conflit de souverainetés conservée, par exemple, par Pillet et Niboyet. Néanmoins, aujourd'hui, la majeure partie de la doctrine voit dans le conflit de lois un conflit d'intérêts privés et non un conflit de souverainetés.

⁴²⁹ Dans son article sur la souveraineté, André Bonnichon relève trois types de principes de fondement des règles de conflit : le principe fonctionnel qui conduit à s'intéresser à « l'intérêt du justiciable » et à « la nécessité du commerce international » (p.618) ; le principe essentiel, principe utilisé dans la doctrine savignienne, selon lequel « la nature de la règle en définit la portée, que son objet en détermine l'effet » (p.618) ; et, le principe formel qui s'attache à l'« aspect formel des règles et leur qualité d'impératif émané d'un législateur » et permet ainsi d'assurer le respect mutuel des souverainetés (p.619).

⁴³⁰ *Ibid.*, p.24.

formel qu'est invoquée la souveraineté pour justifier de la compétence de la loi du for en matière de procédure.

105. Souveraineté et procédure en droit international privé : la jurisprudence. En 1872, les juges de la Cour d'appel de Toulouse appliquent, fort logiquement, la loi française à une question procédurale⁴³¹. Bien que la solution soit loin d'être nouvelle⁴³², la formulation jurisprudentielle d'une justification à celle-ci est intéressante et novatrice. Si, comme il a été évoqué précédemment, ils ont écarté la règle *locus regit actum*⁴³³, les magistrats considèrent, en revanche, que « *l'indépendance des États implique comme conséquence forcée que l'autorité judiciaire d'un pays ne peut être saisie que par les formes de la procédure qui lui sont propres et obligatoires pour elle ; une nation ne pourrait accorder effet à des lois étrangères de procédure sans abdiquer sa propre souveraineté* ». L'indépendance étant synonyme de souveraineté sur la scène internationale, les juges toulousains ont bien, dans cet arrêt, fondé expressément et exclusivement la compétence de la *lex fori* sur la souveraineté. Cependant, hormis cette décision toulousaine ancienne – et pour l'utilisation d'une autre justification, celle du juge de l'exécution de Paris de 1995⁴³⁴ –, rares sont les magistrats français qui motivent l'application du principe.

Dans la jurisprudence étrangère, on pourra citer la décision anglaise *Boys v. Chaplin* précédemment évoquée. Lord Pearson y évoquait alors l'absence de « *pouvoir* » des juges pour statuer selon une loi procédurale étrangère⁴³⁵. Au-delà de la simple commodité pourtant si chère à la littérature juridique anglo-saxonne⁴³⁶, l'utilisation du terme « *power* » nous semble démontrer plutôt une référence à une impossibilité liée à une interdiction plutôt qu'à une incapacité.

Le lien entre procédure et souveraineté impliquerait, de façon plus générale, qu'aucune source externe ne puisse s'immiscer dans la procédure. Il interdirait autant l'adoption que l'application de règles procédurales qui ne seraient pas d'origine nationale. Cela se ressentirait à travers la constitutionnalisation de la procédure civile⁴³⁷. L'exemple tiré de la jurisprudence

⁴³¹ CA Toulouse, 29 janvier 1872, *précité*

⁴³² Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §1, A, 2.

⁴³³ Cf. *supra*, §1, B.

⁴³⁴ TGI JEX Paris, 15 mars 1995, *JDI*, 1997, p.813, note B. Audit, *précité*.

⁴³⁵ Opinion de Lord Pearson in *Boys v. Chaplin*, [1971] A.C. 356 at 394 : « *The lex fori must regulate procedure, because the court can only use its own procedure, having no power to adopt alien procedures* ».

⁴³⁶ Cf. *infra*, §3

⁴³⁷ L'idée de constitutionnalisation est cependant rejetée, ou nuancée, par certains auteurs. En ce sens, voir HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n°24, p.28 ; BEIGNIER (B.), « Procédure civile et droit constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p.153 ; « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – Les principes

italienne exposé par Monsieur le Professeur Kerameus est, à ce propos, assez significatif⁴³⁸. Il a trait aux difficultés liées aux sources européennes de procédure – qui nous intéresseront particulièrement par la suite⁴³⁹ –, mais le raisonnement est parfaitement transposable aux lois étrangères en cause ici : si l'on ne peut accepter des règles procédurales européennes, comment accepter des règles procédurales étrangères ? Dans cette affaire⁴⁴⁰, des marchandises ont été vendues et livrées par une entreprise italienne à un Italien domicilié en Allemagne. Le solde n'ayant pas été payé, l'entreprise italienne engagea devant les juridictions italiennes une demande d'injonction de payer. Celle-ci fut rejetée sur le fondement de l'article 633 du Code de procédure italien qui dispose qu'une telle action ne peut aboutir si l'injonction doit être signifiée à l'étranger, en l'espèce en Allemagne. La Cour de justice, saisie par les juridictions italiennes, n'y vit qu'une entrave « *aléatoire et indirecte* » au marché intérieur. Elle précise, par ailleurs, que l'interdiction des restrictions à la liberté de paiement ne s'applique pas « *aux modalités procédurales* » d'une instance en paiement, mais ne vaudrait que pour les paiements volontaires. Elle considère donc, ici, que la procédure n'est pas une entrave au marché intérieur. Or, il serait possible – et c'est en ce point que la jurisprudence nous intéresse ici – de voir dans cette solution un refus de l'Union européenne de s'opposer à la Cour constitutionnelle italienne⁴⁴¹. Celle-ci, à propos de la même disposition, « *a jugé que les traités communautaires ne permettent pas de dégager des principes généraux ayant une incidence en matière de procédures judiciaires, ce domaine relevant de la réglementation interne des États membres* »⁴⁴². Ainsi, la souveraineté de l'État relativement aux questions de procédure, et la corrélation entre procédure et Constitution semble avoir eu raison, à l'époque⁴⁴³, du risque de condamnation de la part de l'Union européenne. Les juges constitutionnels italiens n'ont donc pas été démentis dans la limitation des sources de la procédure civile et l'exclusion de l'Union européenne. Par analogie, il semblerait impossible

généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.153 ; THERY (Ph.), « Point de vue – La question des sources », in *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, sous la direction de L. CADIET et G. CANIVET, Litec, 2006, p.261

⁴³⁸ KERAMEUS (K.), « L'harmonisation procédurale dans le monde contemporain », in *La procédure entre tradition et modernité* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p.9, spéc. pp 18-19.

⁴³⁹ Cf. *infra*, Partie 2

⁴⁴⁰ CJCE, 22 juin 1999, Affaire C-412/97, *ED Srl c/Italo Fenocchio*, Recueil 1999 page I-3874, Conclusions Georges Cosmas

⁴⁴¹ Arrêt n°364 du 27 juin 1989, *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, IV, 1661.

⁴⁴² Point 8 la décision de la CJCE. Sur une interprétation en ce sens de la décision des juges européens, voir KERAMEUS (K.), *loc. cit.*

⁴⁴³ Aujourd'hui, le règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer a justement créé des règles matérielles unifiées au sein de l'Union européenne pour éviter ces écueils. L'affaiblissement de la souveraineté se fait dès lors déjà ressentir.

d'appliquer une loi étrangère de procédure sans aller à l'encontre des fondements constitutionnels de l'État. La Cour constitutionnelle italienne l'a bien énoncé : la procédure relève du seul pouvoir de l'État.

Malgré ces quelques références, la jurisprudence reste relativement silencieuse à ce propos. Dès lors, il convient de se tourner vers la doctrine, beaucoup plus prolixe sur la place de la souveraineté dans le cadre de la procédure en droit international privé.

106. Souveraineté et procédure en droit international privé : la doctrine. Dès 1930, Étienne Bartin justifie le principe de soumission de la procédure à la loi du for par des considérations liées à la souveraineté de l'État. Selon l'auteur, et selon la très grande majorité de la doctrine depuis⁴⁴⁴, les juges ne tiennent leur pouvoir de juger que de la prérogative régaliennne attribuée à l'État en vertu de sa souveraineté⁴⁴⁵. La procédure serait ainsi l'expression de cette prérogative de puissance publique et donc de la souveraineté de l'État et seule la loi du for pourrait, à ce titre, la régir. Par la suite, ce fondement a été affiné et développé dans deux directions. D'une part, la procédure civile est relative au service public de la Justice qui, en application du droit à l'auto-organisation découlant de la souveraineté, ne pourrait être organisé qu'en vertu de règles du for. D'autre part, un juge ne pourrait exercer ses pouvoirs que conformément à la loi de l'État par lequel il a été investi.

Comme le note Monsieur le Professeur Bernard Audit⁴⁴⁶, et à l'image de nombre d'auteurs⁴⁴⁷, les règles de procédure civile seraient simplement des règles de fonctionnement

⁴⁴⁴ Pour de nombreuses références, voir *infra*.

⁴⁴⁵ BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome 1, Domat-Montchrestien, 1930, §164, p.406 : « Le pouvoir de juger, c'est-à-dire de mettre fin au litige, en contraignant le perdant à exécuter la décision rendue et le gagnant à se contenter de ce qu'il obtient d'elle, nous apparaît comme l'expression, sur ce point, de la puissance publique. De la précision impérative de ses effets, on remonte nécessairement au caractère des conditions auxquelles ces effets sont subordonnés, des conditions auxquelles obéissent les représentants de l'État qui en disposent. Étendue et caractères de leurs fonctions, détermination et caractères des actes qui leur sont nécessaires pour les remplir..., étendue et caractère de la décision qu'ils rendent..., sanctions diverses... qui assurent..., l'exercice régulier de ce pouvoir de l'État : tout cela, c'est l'expression même de la souveraineté de l'État qui a investi les magistrats du pouvoir de juger. Cette expression, la loi de cet État, la *lex fori*, a seule qualité pour la donner ».

⁴⁴⁶ TGI JEX Paris, 15 mars 1995, *JDI* 1997, p.813, note Audit, spéc. p.822 : « En tant qu'il s'agit du fonctionnement d'un service public ».

⁴⁴⁷ Voir, par exemple, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°655, p.448, « C'est en effet une prérogative souveraine de chaque État de pouvoir organiser le fonctionnement de ses services publics » ; BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°187, p.217, « Selon l'explication dominant aujourd'hui, cette compétence se fonde sur le fait que le déroulement du procès est étroitement lié à la souveraineté de l'État, de sorte que la compétence normative exclusive de ce dernier pour "s'auto-organiser" comprend nécessairement celle d'agencer et d'actionner comme il l'entend son propre service public de la justice » ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, n°792, p.811, « il est la conséquence directe de la souveraineté de l'État dans l'exercice du pouvoir de juger » ; CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012, n°455, p.287, « chaque

du service public que constitue la Justice⁴⁴⁸. Il s'agirait alors, pour un État, de garantir sa souveraineté et même, de « *se définir en tant qu'État souverain* »⁴⁴⁹. En effet, la faculté d'auto-organisation qu'un État détient en conséquence du principe de souveraineté recouvrirait tant l'organisation administrative du pays que les règles de fonctionnement des services publics. À ce titre, les règles procédurales ne pourraient donc qu'être soumises à la loi du for puisqu'il ne s'agirait que de faire fonctionner un service public, le service public de la Justice. Elles n'auraient, par conséquent, vocation qu'à organiser administrativement l'État d'où une compétence exclusive de la *lex fori*.

Par ailleurs, les règles procédurales sont celles qui encadrent l'office du juge. Or, le juge ne serait qu'un délégataire de la souveraineté de l'État assurant une mission de service public. Il ne pourrait donc mener cet office que conformément à la loi du for, loi émanant de l'État souverain dont il tient son pouvoir⁴⁵⁰. On retrouve alors l'idée sous-tendant la règle *auctor regit actum*⁴⁵¹. Le juge ne pourrait, ainsi, suivre que sa propre procédure sous peine de perdre sa qualité de juge et donc son pouvoir de juger. Dans sa thèse, Monsieur le Professeur Philippe Théry reprend et exprime cette idée à propos, plus particulièrement, du pouvoir juridictionnel : « *le lien du pouvoir juridictionnel et de la souveraineté est essentiel, et le principe même du pouvoir conféré au juge par l'État qui l'institue se trouve en elle : la justice est déléguée. Parce que ce pouvoir est délégué par le Souverain, il n'existera que dans les*

État ayant une compétence exclusive pour s'auto-organiser, il est nécessairement maître des règles de fonctionnement des juridictions qu'il institue ».

⁴⁴⁸ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §1, A. 1

⁴⁴⁹ BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *op. cit.*, n° 69, p.95

⁴⁵⁰ Voir, par exemple, AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013, n°14, p.13, « *L'une, d'ordre publiciste, est que les règles de procédure ont pour objet le service public de la justice, lequel ne saurait fonctionner selon une autre loi que celle de la souveraineté qui l'a institué* » ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *loc. cit.*, « *l'expression de l'idée selon laquelle un tribunal français ne peut, dans l'organisation et le fonctionnement du procès dont il a la charge, rendre la justice qu'en conformité à la loi de l'État qui l'a investi de ce pouvoir* » ; MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n°514, p.357, « *les tribunaux, organes étatiques français auxquels a été confié le service public français de la justice, sont liés par la loi dont ils tiennent leurs pouvoirs, et qui leur impose la façon dont ils doivent se comporter, c'est-à-dire procéder* » ; NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *loc. cit.*, « *On affirme même qu'un juge n'est véritablement un juge, susceptible de prononcer des décisions ayant valeur de jugements, que s'il tranche les litiges en appliquant ses propres règles de procédure. Selon cette analyse, le juge, qui a reçu une délégation de souveraineté pour exercer la fonction de juger, doit respecter cette délégation en agissant conformément aux règles de l'ordre juridique qui l'a institué* ».

Pour des développements sur ce fondement appliqué plus généralement aux actes publics, voir CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Préface de P. Mayer, Économica, 2004, p.41 et s.

⁴⁵¹ LEGIER (G.), « Actes juridiques », J-CI Droit International, fasc. 551-10 (refondu par Gwendoline Lardeux), n° 33, précité : « *si les parties ont recours à un officier public, celui-ci est tenu d'instrumenter dans les formes prévues par la loi qui l'habilite* », voir *supra*, §1, A.

limites qu'il a fixées. En cela, le pouvoir juridictionnel est dans la dépendance de la souveraineté du for »⁴⁵².

Néanmoins, bien que le fondement souverainiste ait un rôle de choix dans la doctrine internationaliste contemporaine, certaines voix s'élèvent aujourd'hui pour remettre en cause sa place dans le principe de la soumission de la procédure à la loi du for. Il est, en effet, possible d'apporter un certain nombre de critiques à cette position, critiques qui nous conduisent à devoir rejeter ce fondement.

B. Rejet du fondement

107. La « stérilité »⁴⁵³ de la notion de souveraineté. Si André Bonnichon consacre de nombreux développements à la notion de souveraineté et à sa place dans les conflits de lois, ce n'est que pour mieux la critiquer et en démontrer la « stérilité ». En effet, après avoir évoqué les deux acceptions à la notion de souveraineté (dans le sens conflit de souverainetés ou fondement de règles de conflits⁴⁵⁴), l'auteur relève que ni l'un, ni l'autre de ces sens ne peut permettre de trancher un conflit de lois et d'apporter une réponse satisfaisante sans que ne soient mis en balance d'autres intérêts. Il estime que « *c'est une description de l'obstacle, non un moyen de les franchir* »⁴⁵⁵.

D'une part, la première conception ne serait qu'une vision particulière du conflit de lois – vision largement dépassée dans la doctrine actuelle –, et non une méthode de résolution de ce même conflit de lois. D'autre part, la seconde acception ne serait pas plus utile en ce que les lois en concurrence sont édictées par d'autres États également souverains, « *il s'ensuit que la loi d'un État souverain ne pourra être préférée à celle d'un autre que pour des considérations étrangères à la souveraineté elle-même : intérêt du groupe national, ou des justiciables, ou du commerce international* »⁴⁵⁶. Le troisième sens avancé de la notion, moins critiqué, n'offrirait pas non plus ce critère de solution⁴⁵⁷. Il apparaîtrait donc difficile de fonder un principe aussi essentiel sur une notion qui souffre d'une telle critique d'autant plus que la pratique démontre une possibilité de contourner aisément l'obstacle de la souveraineté.

⁴⁵² THERY (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (Étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1981, n°32, p.31. Dans le même sens, voir n°93, p.95 où l'auteur distingue, par ailleurs, le pouvoir juridictionnel de la procédure.

⁴⁵³ BONNICHON (A.), « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP*, 1949, p.615 et 1950, p.11, spéc. p.32. L'auteur parle de la souveraineté comme d'une notion « stérile ».

⁴⁵⁴ Cf. *supra* A.

⁴⁵⁵ *Ibid.* p.32

⁴⁵⁶ *Ibid.* p.22

⁴⁵⁷ *Ibid.*, pp.24-25

108. Le discret rejet doctrinal de la souveraineté en matière procédurale. Rares sont les auteurs qui rejettent expressément l'idée d'une justification souverainiste dans le cadre de la soumission de la procédure à la loi du for. Madame le Professeur Boskovic note « *qu'il ne s'agit pas d'une nécessité logique* »⁴⁵⁸ en raison de l'absence d'unanimité en droit comparé. Elle prend un exemple – une loi française ordonnant l'application d'une procédure étrangère – qui « *fait apparaître la faiblesse du fondement habituellement attaché à la compétence de la lex fori* »⁴⁵⁹.

En outre, Monsieur le Professeur Van Rhee relève que si certains auteurs arguent du lien entre procédure et indépendance de la nation, d'autres, au contraire, s'étonnent des divergences entre États⁴⁶⁰. Afin de rejeter l'argument du lien entre procédure et souveraineté, l'auteur invite à regarder dans le passé. Le rôle de l'Histoire, pour répondre à cette question, paraît primordial. Il prend l'exemple du droit procédural romano-canonique qui fonctionnait à l'image d'un *ius commune* dans toutes les juridictions religieuses d'Europe. Cela a, de plus, influencé dans une certaine mesure les règles procédurales des cours laïques, mais pas au point de les uniformiser. Cette différence serait le point de départ de la croyance selon laquelle les règles procédurales sont liées à la nation. Mais l'auteur rejette cet argument, car il existe des différences dans des systèmes opérant auprès d'une même communauté. Il donne plusieurs exemples d'adoption de règles procédurales étrangères – sans abandon de souveraineté – au cours des siècles, dont le rayonnement du Code de procédure civile français, dans un passé proche, fait office d'emblème⁴⁶¹. De la même façon, le Royaume-Uni a également subi des influences extérieures malgré la place qu'occupe la matière dans le système de *Common Law*⁴⁶². Or, si adopter des règles étrangères ne remet pas en cause la

⁴⁵⁸ BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003, spéc. n°172, p.145. Dans le même sens, voir D'AVOUT (L.), « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.117, spéc. p.125 : « *Il est peu contestable que les États ont compétence pour s'auto-organiser, c'est-à-dire instituer les organes internes et régir leur fonctionnement ; mais cette compétence, au sens du droit international public, n'entraîne aucune nécessité de l'application de la lex fori au déroulement de l'instance* ».

⁴⁵⁹ *Op. cit.*, n°173, p.146

⁴⁶⁰ VAN RHEE (C.H.), « Civil procedure : a European *Ius commune*? », *ERPL*, 2000, p.589, spéc. p. 598-599 : « *Others are amazed at the variations from one country to another in the area of procedural law. On 7 February 1828, parliamentary representative Dotreng expressed it in the following way during consultations on the Dutch Code of Civil Procedure : "Entre deux ou plusieurs nations civilisées ce n'est pas de la conformité, mais de la disparité de leurs lois de procédure, qu'il devrait y avoir lieu de s'étonner et de se plaindre."* »

⁴⁶¹ Il est également possible de citer l'exemple du Code japonais correspondant à une reprise du droit procédural allemand (exemple cité par STORME [M.], *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.4).

⁴⁶² VAN RHEE (C.H.), *ibid.*, p.603 : « *However, although procedural law in England clearly has a national character, the relationship between the English people and its procedure has not been so significant as*

souveraineté, comment pourrait-on considérer qu'elle est atteinte par leur seule application. Au demeurant, permettre la mise en œuvre de règles procédurales étrangères ressortirait d'actes de volonté des États membres. Partant, à partir du moment où l'État a voulu, ou accepté, ce transfert de compétence, même partiel, il n'y a aucune perte de souveraineté. Ainsi, Monsieur le Professeur Beaud écrit que « *les États créent par leur souveraineté (internationale) un droit international qui est censé limiter leur souveraineté (interne). Mais en toute hypothèse, c'est la souveraineté qui demeure au centre du système, puisque le propre de la souveraineté devient ici le droit de limiter sa propre compétence en co-produisant ce droit international qui ne tombe pas du ciel* »⁴⁶³. La création de règles par une source extérieure appliquée par le juge national n'amoindrirait aucunement la souveraineté des États en ce que ce sont ces mêmes États qui ont, par un acte de souveraineté, limité leurs pouvoirs.

Par ailleurs, les Professeurs Niboyet et Geouffre de la Pradelle écartent explicitement ce fondement en mettant en avant deux arguments. D'une part, si la souveraineté était réellement en jeu, il est étonnant de voir avec quelle aisance le problème peut être contourné en modulant les qualifications. D'autre part, ce fondement reposerait sur « *une vision dépassée de la souveraineté* »⁴⁶⁴.

109. Une règle neutralisée par le jeu des qualifications. Le contournement de la règle attribuant compétence à la *lex fori* en matière procédurale est facile par le truchement des qualifications. En effet, l'absence d'identité parfaite entre catégories interne et internationale permet de qualifier une question normalement procédurale en une question substantielle qui sera, de ce fait, soumise à la loi du fond. Or, il apparaît très justement aux auteurs qu'une réelle mise en jeu de la souveraineté ne saurait permettre de telles exceptions. En effet, si la règle se trouvait justifiée par la souveraineté et qu'en tant que telle, la question de la soumission de la procédure à la loi du for ne pourrait souffrir d'aucune contestation, alors comment expliquer qu'il soit possible de la neutraliser simplement en qualifiant une question normalement procédurale de substantielle sous couvert de sa nature mixte ? Les

to block external influences. The importation of rules of procedural law did occur in England as well ; it had already occurred in the Middle Ages ».

⁴⁶³ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p.16

⁴⁶⁴ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°657, p.449

auteurs relèvent ainsi que « *cette qualification mixte est incompatible avec l'idée même d'une compétence exclusive et nécessaire du droit du for* »⁴⁶⁵.

Plusieurs exemples peuvent alors être cités, mais pour n'en prendre qu'un, la qualité pour agir est, à cet égard, assez significative. Dans le cadre des actions attitrées où un simple intérêt à agir n'est pas suffisant pour ester en justice, le législateur a recours à la désignation de personnes ayant qualité pour agir. Il s'agit alors d'une véritable notion procédurale permettant seulement de répondre à la question : qui peut agir en justice ? Cependant, la raison d'être de ces actions attitrées et donc de cette notion de qualité est la circonscription des personnes habilitées à agir à une liste exhaustive de sujets de droit en raison de la matière. Par exemple, l'action en rescision pour lésion n'est ouverte qu'au vendeur en raison de la volonté de protéger la partie faible qu'il est d'où une qualification substantielle en droit international. Or, même à considérer l'action et, plus particulièrement, la qualité comme notion mixte, la nécessité de soumettre la procédure à la loi du for pour ne pas remettre en cause la souveraineté de l'État conduirait obligatoirement à ce que la part procédurale de la qualification l'emporte sur la part substantielle au risque, à défaut, de heurter l'État souverain. Pourtant, ce n'est pas la position du droit positif⁴⁶⁶.

110. L'évolution de la souveraineté en droit international privé. Au demeurant, la souveraineté entendue comme fondement du principe étudié correspond à une image du conflit de lois qui semble être totalement rejetée aujourd'hui⁴⁶⁷. En effet, il est constant d'avoir, dans la doctrine contemporaine, une conception purement privatiste du conflit de lois et un rejet total d'un éventuel conflit de souverainetés. Certains objecteront que le principe n'est pas une règle de conflit de lois et n'est donc pas touché par cette vision privatiste. Cependant, nous avons déjà retenu que la règle *lex fori regit procesum* constituait bien une règle de conflit de lois⁴⁶⁸.

Au-delà, et c'est en cela que les Professeurs Niboyet et Geouffre de la Pradelle estiment qu'il s'agit d'une « *vision dépassée de la souveraineté* », la souveraineté est conçue comme découlant du droit international public. Or, celui-ci ne serait pas aussi restrictif que le laisse à penser la doctrine traditionnelle. En effet, le droit international public permet l'auto-

⁴⁶⁵ *Op. cit.*, n° 656, p.448. Dans le même sens, voir NIBOYET (M.-L.), « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.363, spéc. p.366.

⁴⁶⁶ Cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1, B, 1.

⁴⁶⁷ Voir, cependant, MUIR WATT (H.), « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publication des conflits de lois ?) », in *Le privé et le public – Archives de philosophie du droit*, Tome 41, 1997, p.207

⁴⁶⁸ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §2

organisation des États et leur laisse toute latitude dans cet exercice. S'il interdit aux États d'imposer leur souveraineté sur le territoire d'autres États, il autorise, en revanche, l'application et la compétence de la loi d'un État étranger.

L'arrêt *Lotus*⁴⁶⁹ illustre ainsi remarquablement bien cette permissivité. En effet, les juges y énoncent que « *la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. [...] Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables* »⁴⁷⁰. Cet arrêt établit clairement la liberté accordée aux États – s'ils ne l'imposent pas aux autres États souverains – de juger ce qu'ils considèrent en droit de juger selon la loi qu'ils estiment la plus adéquate.

111. La distinction *justitialité* et *justiciabilité*. Par ailleurs, l'argument du fonctionnement du service public de la Justice et de l'auto-organisation des États pourrait être écarté sur le fondement d'une distinction opérée par Monsieur le Professeur Christian Atias. Celui-ci distingue *justitialité* et *justiciabilité*, différenciation qui « *devrait favoriser le rétablissement de la distinction entre l'organisation de la juridiction [...] et sa fonction de justice* »⁴⁷¹. Seules les règles de *justitialité* seraient des règles touchant à l'organisation du

⁴⁶⁹ *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, CPJI, 7 septembre 1927, Publications de la Cour permanente de justice internationale, série A, n° 10. Dans cette célèbre affaire, un navire français, le *Lotus*, naviguant vers Constantinople (Istanbul) a abordé un navire turc causant la mort de dix marins turcs (dix autres étant sauvés par l'équipage français) et le naufrage du bateau. À l'arrivée à Constantinople, le capitaine français du *Lotus* est arrêté par les autorités turques et condamné en Turquie pour les dommages subis par le navire turc. La France objecta alors de l'incompétence des juridictions turques pour statuer contre le capitaine français d'un navire battant pavillon français, argument rejeté par la Cour permanente de justice internationale.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, III, p18 et s.

⁴⁷¹ CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004, V° *Justiciabilité*, spéc. p.800

service public de la Justice et donc, éventuellement à la souveraineté, alors que les règles de justiciabilité participent de la décision à rendre, de la fonction juridictionnelle⁴⁷². Or, l'auteur considère la justicialité comme l'« *ensemble de personnels, de moyens, d'entités, de hiérarchies, de stocks et de flux de dossiers à gérer* »⁴⁷³. Il nous apparaît, effectivement, que les dispositions touchant à ces questions ont trait à l'organisation du service public de la Justice, mais nous sommes bien loin des règles de procédure auxquelles nous nous attachons dans cette étude. L'idée de l'auto-organisation de l'État et, par voie de conséquence, du service public de la Justice peut donc, très justement, justifier le recours à la loi du for pour les questions de justicialité. Mais le fondement des règles de justiciabilité et donc de procédure est à rechercher ailleurs.

Quoi qu'il en soit, les auteurs continentaux restent attachés et ne rejettent que rarement le fondement souverainiste. À l'inverse, la doctrine anglo-saxonne ne s'y attarde généralement pas en se fondant – dans les rares développements consacrés à la question – sur une tout autre raison, la commodité de la règle dans son application.

§3 : *LA COMMODITE*

112. Le fondement traditionnel de la *Common law*. Si la souveraineté est le fondement phare de la doctrine continentale, le droit anglo-saxon, suivi parfois par certains auteurs civilistes, s'appuie plus facilement sur la commodité de la règle (**A**). Si l'argument semble valable et, par ailleurs, permet à certains de poser un critère de délimitation de la catégorie « procédure », il n'en reste pas moins critiquable (**B**).

A. Exposé du fondement

113. La commodité de l'application de la *lex fori*. C'est le fondement principalement avancé par les quelques auteurs anglo-saxons qui s'intéressent à ce problème. La question est, en effet, assez peu discutée. Mais, quand elle fait l'objet de développements, la doctrine considère généralement que la procédure est soumise à la loi du for pour des raisons de commodité et d'efficacité de la justice. L'idée est alors résumée par le célèbre test de Cook : « *Jusqu'où le juge du for peut-il aller en appliquant les règles des systèmes*

⁴⁷² Pour une distinction similaire, voir TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, Recueil Lebon, p.642 ; *JCP G*, 1953, II, n°7598, note Vedel ; *GAJA*, 19^{ème} éd., n°66

⁴⁷³ CADIET (L.) (Dir.), *loc. cit.*

juridiques étrangers sans excessivement s'entraver ou se gêner lui-même ? »⁴⁷⁴

Manifestement, les auteurs qui relèvent ce fondement estiment qu'il est plus facile pour un juge de procéder selon ses propres règles en ce qu'il a l'habitude de les suivre⁴⁷⁵. L'inverse est encore plus vrai en ce qu'il serait malaisé pour un juge d'instrumenter selon les règles procédurales étrangères que, par définition, il ne maîtrise pas. Au-delà, il n'aura pas nécessairement les possibilités matérielles de les appliquer. On retrouve cette idée dans le célèbre manuel anglais de Cheshire et North⁴⁷⁶. Les auteurs y expriment l'idée que les règles de procédure étrangère sont « *assurément impraticables dans un mécanisme conçu sur des axes différents* »⁴⁷⁷. Le fondement est également celui invoqué par la doctrine espagnole⁴⁷⁸.

L'exemple du jury anglais, existant même en matière civile⁴⁷⁹, est, à ce propos, assez éclairant. Cette pratique de la convocation de jurys dans des instances civiles apparut dès 1166 et les Assises de Clarendon. Petit à petit, le rôle de ceux-ci est devenu résiduel. Il est aujourd'hui extrêmement limité, mais cette pratique existe toujours notamment devant la *Queen's Bench Division* dans certains cas de calomnie, diffamation ou encore, en cas de poursuites abusives⁴⁸⁰. Même si l'inverse est plus discutable, il nous apparaît évident que,

⁴⁷⁴ COOK (W. W.), « "Substance" and "procedure" in the conflict of laws », 42 *Yale Law Journal*, (1933), p.333, spec. p.344 : « *How far can the court of the forum go in applying the rules taken from the foreign system of law without unduly hindering or inconveniencing itself?* »

⁴⁷⁵ De nombreuses références peuvent être données. Voir, par exemple, GRAVESON (R.H.), *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 6th éd., 1969, p.633 : « *why should the rules of procedure necessarily be governed by the lex fori? The traditional answer is the convenience* » ; CARRUTHERS (J. M.), « Substance and procedure in the conflict of laws : a continuing debate in relation to damages », 53 *International and Comparative Law Quarterly*, (2004), p.691 at p.692 et s. ; COOK (W. W.), *op. cit.*, p.343 « *on the other hand it would obviously be quite inconvenient for the court of the forum, though not unfair to the litigants concerned, to take over all the machinery of the foreign court for the "enforcement", as we say, of the "substantive rights"* ».

⁴⁷⁶ CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th éd., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p.76 : « *certainly unworkable by a machinery designed on different lines* ».

⁴⁷⁸ FONT I SEGURA (A.), « Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum* », *Anuario español de derecho internacional privado*, 2001, p.283, spéc. n°2, p.284 : « *se fundamenta en razones de carácter funcional el que predomina en la doctrina* ».

⁴⁷⁹ Pour de plus amples développements sur la pratique des jurys en Angleterre, et notamment les jurys en matière civile, cf. WARD (R.) and WRAGG (A.), *Walker & Walker's English Legal system*, Oxford University Press, 9th éd., 2005, Chapitre 10, p.329 et s.

⁴⁸⁰ Senior Courts Act 1981, Section 69 : « (1)Where, on the application of any party to an action to be tried in the *Queen's Bench Division*, the court is satisfied that there is in issue —

(a)a charge of fraud against that party; or

(b)a claim in respect of libel, slander, malicious prosecution or false imprisonment; or

(c)any question or issue of a kind prescribed for the purposes of this paragraph, the action shall be tried with a jury, unless the court is of opinion that the trial requires any prolonged examination of documents or accounts or any scientific or local investigation which cannot conveniently be made with a jury.

(2)An application under subsection (1) must be made not later than such time before the trial as may be prescribed.

(3)An action to be tried in the *Queen's Bench Division* which does not by virtue of subsection (1) fall to be tried with a jury shall be tried without a jury unless the court in its discretion orders it to be tried with a jury.

(4)Nothing in subsections (1) to (3) shall affect the power of the court to order, in accordance with rules of court, that different questions of fact arising in any action be tried by different modes of trial; and where any

pour les raisons de commodité – voire d'impossibilité – exposées, un juge étranger n'ayant pas cette culture du jury dans le cadre des procès civils n'aura pas les moyens matériels pour mettre en œuvre la loi procédurale étrangère et, plus particulièrement, ces dispositions procédurales anglaises. La question serait alors de savoir si, de ces quelques dispositions pouvant poser problème, il est possible de tirer un fondement général pour un principe établi. Rien n'est moins sûr. Tout au plus s'agirait-il d'un critère de délimitation d'une partie de la catégorie, pour les cas d'impossibilité matérielle⁴⁸¹. En ce sens, Richard Garnett relève l'impossibilité de généraliser le fondement, mais l'auteur estime qu'il s'agit tout de même d'un facteur devant être pris en considération.

114. Le corollaire : l'efficacité de la justice. Au-delà de la commodité purement matérielle, est également avancé l'argument de l'efficacité de la justice. Un juge serait plus efficace s'il agit en fonction des normes procédurales qu'il connaît et maîtrise⁴⁸². Il ne perdrait, ainsi, pas ou peu de temps dans ces considérations procédurales avec lesquelles il a l'habitude de traiter et qu'il comprend aisément. Il pourra se consacrer d'une façon plus efficace au fond de l'affaire. L'argument est d'ailleurs repris par Mason CJ comme critère de distinction en droit international privé. Selon le magistrat australien, « *le critère de "l'incommodité" est trop vague pour servir de définition de principe quand la qualification d'une règle en tant que procédure ou substance peut matériellement affecter l'issue d'un litige. Aux fins du droit international privé, un critère approprié peut être formulé par référence à la principale raison pour laquelle il est nécessaire de dessiner une distinction entre substance et procédure. La raison est associée à l'efficacité du contentieux. Cette*

such order is made, subsection (1) shall have effect only as respects questions relating to any such charge, claim, question or issue as is mentioned in that subsection.

(5) Where for the purpose of disposing of any action or other matter which is being tried in the High Court by a judge with a jury it is necessary to ascertain the law of any other country which is applicable to the facts of the case, any question as to the effect of the evidence given with respect to that law shall, instead of being submitted to the jury, be decided by the judge alone. »

⁴⁸¹ GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, 2.10, pp. 11-12. En définitive, l'idée sera reprise avec les questions de subsidiarité. Cf. *infra* Section 2, §3

⁴⁸² PANAGOPOULOS (G.), « Substance and procedure in private international law », 1 *Journal of Private International Law*, (2005), p.69 at p.72 : « *Efficiency is achieved in adopting and applying the rules of practice and procedure of the lex fori. After all, this is what the lex fori ordinarily does and there is the practical advantage through its familiarity and knowledge of its own rules of procedure* ».

efficacité est réalisée en adoptant et appliquant les règles d'usage et de procédure et par la connaissance pratique qu'ont les juges de ces règles »⁴⁸³.

Certains auteurs évoquent alors la technicité trop importante de la matière pour laisser place à une loi étrangère. Ainsi, les éditeurs du *Cheshire & North* évoquent le fait que « *le domaine de la procédure constitue peut-être la partie la plus technique de tout système juridique, et il comprend beaucoup de règles qui seraient incompréhensibles pour un juge étranger* »⁴⁸⁴. En raison de cette technicité, le juge saisi devrait nécessairement suivre sa propre procédure pour être efficace.

115. Le fondement dans la jurisprudence. L'argument de la commodité et de l'efficacité est alors, parfois, repris par la jurisprudence elle-même. Dans la célèbre affaire anglaise *Harding v. Wealands*⁴⁸⁵, le passager anglais – domicilié en Angleterre – d'une voiture engagea une action en réparation contre la conductrice, sa concubine australienne également domiciliée en Angleterre, suite à un accident survenu en Australie et dont il est ressorti tétraplégique. Le véhicule était immatriculé en Australie et assuré par une compagnie australienne. Se posa alors la question de savoir si l'évaluation du dommage devait être faite selon la loi australienne en tant que *lex causae* ou la loi anglaise en tant que loi de procédure. Plus précisément, il s'agissait de savoir si les dispositions de la loi australienne limitant le montant de la réparation⁴⁸⁶ pouvaient s'appliquer ou non devant les juridictions britanniques. Les qualifiant de procédurales⁴⁸⁷, Lord Woolf relève que la *lex causae* « *serait très difficile, si ce n'est impossible, à appliquer dans les procédures menées dans ce pays* »⁴⁸⁸. En justifiant la

⁴⁸³ *McKain v RW Miller and Company (SA) Pty Ltd* [1991] HCA 56; (1992) 174 CLR 1 (19 December 1991), n^{os} 29 et 30 : « *the criterion of "inconvenience" is too vague to serve as a definition of principle when the classification of a rule as procedural or substantive may materially affect the outcome of a case. For the purposes of private international law, an appropriate criterion may be formulated by reference to the principal reason why it is necessary to draw a distinction between matters of substance and procedure. This reason, as has been seen, is associated with the efficiency of litigation. That efficiency is achieved by the adoption and application of the rules of practice and procedure and by the judges' practical familiarity with those rules.* »

⁴⁸⁴ CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS, p.76 : « *The field of procedure constitutes perhaps the most technical part of any legal system, and it comprises many rules that would be unintelligible to a foreign judge* ».

Reprenant cette même idée de technicité de la matière, voir également, GRAVESON (R.H.), *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 6th éd., 1969, p.632 : « *In favour of the rule it may be said that it achieves a measure of justice in preserving equality between all suitors in the same court, and that the detail and technicality of procedure justify the lex fori in claiming the exclusive right to their regulation* ».

⁴⁸⁵ *Harding v. Wealands* [2006] UKHL 32

⁴⁸⁶ Chapter 5 of the Motor Accidents Compensation Act 1999

⁴⁸⁷ La qualification nous semble ici critiquable en ce que la réparation ne nous apparaît pas comme une matière procédurale. Par ailleurs, s'agissant de simples opérations de l'esprit, il ne nous paraît pas impossible pour le juge de mettre en œuvre la loi étrangère (particulièrement ici, de limiter le montant de la réparation).

⁴⁸⁸ §11 : « *The code is clearly one that has provisions which it would be very difficult, if not impossible, to apply in proceedings brought in this country* ». Il est intéressant de noter que Lord Woolf relève que certaines

règle, il appert que l'idée de commodité sert ici également à poser un critère de distinction afin de délimiter ce qui doit être, ou non, qualifié de procédural et donc être soumis à la loi du juge saisi.

L'argument est donc plaisant et démontre de réelles qualités tant il semble aisé à mettre en œuvre. Il offre ainsi un véritable système de réponse. Il souffre, cependant, de critiques qui l'empêchent de pouvoir être généralisé.

B. Rejet du fondement

116. Critique du fondement. La référence à la commodité, ou même à l'efficacité du juge, pose des difficultés intellectuelles en ce qu'elle est transposable à toute règle de droit, que celle-ci soit procédurale ou non. En effet, tout comme il est plus facile pour un juge de suivre ses propres règles de procédure, il lui est plus aisé d'appliquer son propre droit des obligations ou son propre droit de la famille par exemple. Ce serait alors remettre en cause le droit international privé en général, et le droit des conflits de lois en particulier que de pouvoir fonder l'application de la loi du for sur la simple commodité et efficacité⁴⁸⁹.

Ainsi, ce n'est pas tant une question de commodité qu'un problème de pure impossibilité matérielle. Et là encore, si l'argumentaire ne nous semble évidemment pas pouvoir être écarté sur certains points, il ne permet pas de fonder le principe pour l'ensemble des règles soumises à la loi du for. Il est, en effet, loin de pouvoir constituer un fondement général d'autant qu'il nous semble parfois utilisé à mauvais escient à l'image de la position de Lord Woolf dans l'arrêt *Harding v. Wealands* précédemment cité : en quoi appliquer une loi étrangère limitant le montant de la réparation pouvant être attribuée à une partie serait-il impossible ? Plus encore, le critère de l'incommodité apparaît bien trop « vague » permettant aux juridictions de « masquer d'autres motivations »⁴⁹⁰.

dispositions de la loi pourraient valablement être qualifiées de substantielles, mais qu'il apparaît nécessaire, dans un souci de cohérence, de les traiter comme procédurales puisque la majeure partie de la loi est procédurale.

⁴⁸⁹ À propos du renvoi, mais la réflexion vaut également ici, Messieurs les Professeurs Ancel et Lequette relèvent que la commodité et l'efficacité de l'application de la loi française ne peuvent justifier le recours à celle-ci : « Comme l'écrivait le conseiller Denis dans son rapport, "j'aime mieux la loi française que la loi étrangère" (DP 1912. 1. 264) ; et de fait, il est constant que le juge français applique mieux sa propre loi que les lois étrangères. Cette considération ne saurait cependant suffire à elle seule, car il en irait alors de l'existence même du conflit de lois » (ANCEL [B.] et LEQUETTE [Y.], *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n°7-8, §7, p.68).

⁴⁹⁰ ILLMER (M.), « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237, spéc. p.254 : « Furthermore, inconvenience is a far too vague term. As such it has the potential to disguise other motivations which the forum court may have for applying the *lex fori* ».

Pour ne prendre qu'un exemple parmi d'autres, s'il existe une réelle impossibilité matérielle à appliquer une voie de recours étrangère alors qu'aucune transposition n'est possible dans l'État du for en raison de l'organisation judiciaire de celui-ci, il n'y aurait aucune impossibilité matérielle – ni même une simple difficulté – à voir s'appliquer les délais de recours d'un droit étranger dont la voie de recours est similaire ou proche. Le fondement général de l'application des délais de recours du for est donc bien à rechercher ailleurs⁴⁹¹. Cette recherche est d'autant plus nécessaire qu'avec le développement de plus en plus marqué des instruments de coopération judiciaire, il est aujourd'hui possible d'avoir une connaissance plus aisée des droits étrangers et, notamment, des règles d'organisation judiciaire et procédurales des États parties à ces conventions. Au-delà de la connaissance, c'est surtout la compréhension et donc l'efficacité, pourtant contestée, des magistrats qui paraissent plus commodes grâce à ces instruments.

117. L'amélioration de l'accès et de la compréhension du droit procédural étranger. Des instruments de coopération judiciaire internationale existent visant à faciliter la connaissance qu'ont les professionnels du droit des législations étrangères. La France est actuellement liée par de nombreuses conventions bilatérales⁴⁹² instituant, entre les pays

⁴⁹¹ Cf. *infra*, Section 2

⁴⁹² De nombreux exemples peuvent être cités. Certaines formulations instituant un échange d'information peuvent être retrouvées dans plusieurs conventions. Ainsi, l'Accord de coopération en matière de justice entre la France et le Bénin du 27 février 1975 en son article 2, la convention de coopération en matière judiciaire entre la République française et la République du Niger du 19 février 1977 en son article 41, l'article 39 de la Convention de coopération en matière judiciaire entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Sénégal du 29 mars 1974, mais également l'article 28 de l'accord en matière judiciaire entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Tchad du 6 mars 1976, la convention de coopération en matière judiciaire entre la République française et la République populaire du Congo signée le 1^{er} janvier 1974 en son article 41, l'article 25 de la Convention judiciaire entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République togolaise du 23 mars 1976 disposent que les États contractants « *peuvent, au titre de l'entraide judiciaire et si rien ne s'y oppose, s'adresser des demandes de renseignements ou d'enquêtes dans le cadre des procédures civiles ou administratives dont les autorités judiciaires sont saisies et se transmettre sans frais des expéditions de décisions judiciaires* ».

De même, l'Accord de coopération en matière de justice entre la République française et la République de Haute-Volta (Burkina Faso) en date du 24 avril 1961 en son article 1^{er} ainsi que l'Accord de coopération en matière de justice entre la République française et la République centrafricaine en date du 18 janvier 1965 en son article 57, la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la République française et la République du Gabon du 23 juillet 1963 en son article 62 et l'Accord de coopération en matière de justice entre la République française et la République de Côte-d'Ivoire signé le 24 avril 1961 en son article 1^{er} prévoient tous qu'est institué entre les États « *un échange régulier d'informations en matière d'organisation judiciaire, de législation et de jurisprudence* ».

D'autres formulations et dispositions en faveur d'échanges d'informations judiciaires peuvent être trouvées. Voir, par exemple, Échange de lettres relatif à la coopération et à l'entraide judiciaire entre la France et l'Algérie, 18 septembre 1980 qui prévoit une information réciproque entre Ministères de la Justice à propos de « *leur droit en vigueur* » ou même de « *leur organisation judiciaire* » ; Convention de coopération judiciaire entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République argentine signée le 2 juillet 1991 prévoit un système d'échange d'informations en son article 9 ; Accord de coopération en matière de justice entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République unie du Cameroun

signataires, une procédure d'échange d'informations sur le droit de l'autre État parti, y compris les règles procédurales.

Elle est, par ailleurs, partie à la Convention de Londres du 7 juin 1968⁴⁹³, convention multilatérale conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le préambule de la Convention énonce la volonté du Conseil de « *réaliser une union plus étroite de ses membres* » et que « *l'établissement d'un système d'entraide internationale en vue de faciliter l'obtention par les autorités judiciaires d'informations sur le droit étranger contribuerait à la réalisation de ce but* ». Pour ce faire, la Convention met en place un système d'informations réciproques entre les États partis⁴⁹⁴. Ceux-ci doivent mettre en place des organes uniques de liaison auxquels sont adressées des demandes de renseignements formulées nécessairement par une autorité judiciaire. Les réponses doivent alors, selon l'article 12, être effectuées « *aussi rapidement que possible* ». Or, l'alinéa 1 de l'article 1^{er} de cette convention énonce expressément que ces demandes de renseignement ont trait, outre au droit civil et commercial (droit matériel), au « *domaine de la procédure civile et commerciale et de l'organisation judiciaire* ». Ainsi, les États partis à cette convention de Londres ont les outils nécessaires pour connaître du droit procédural étranger et le comprendre. Par l'amélioration de l'accès et la compréhension de

en date du 21 février 1974 dont l'article 61 dispose que « *chacune des Parties contractantes fournit à l'autre, sur demande, des informations sur son organisation judiciaire, sa législation et sa jurisprudence* » ; Accord d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République populaire de Chine en date du 4 mai 1987 dont l'article 2-4 ° prévoit que l'entraide judiciaire instituée par l'accord comprend « *à la demande de chacune des deux Parties contractantes, l'information sur les lois et règlements de son État en matière civile et commerciale ainsi que les renseignements et documents concernant la pratique judiciaire de son État dans le cadre des procédures civiles et commerciales* » ; Convention de coopération judiciaire en matière civile y compris le statut personnel, commerciale, sociale et administrative entre la République française et la République de Djibouti du 27 septembre 1986 dont l'article 4 dispose que « *Les autorités centrales [...] se communiquent, sur leur demande, des informations sur leur législation et leur jurisprudence, sur leur organisation judiciaire et, d'une manière générale, facilitent les échanges au plan judiciaire* » ; Convention entre la République française et la République arabe d'Égypte sur la coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut du personnel, et en matière sociale, commerciale et administrative signée le 15 mars 1982 ; Convention relative à l'entraide judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale entre la République française et l'État des Émirats arabes unis du 9 septembre 1991 prévoit un échange d'informations juridiques et judiciaires en son article 19 ; Convention entre la République française et la République tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires du 28 juin 1972 prévoyant en son article 25 que « *les Hautes Parties contractantes se communiquent réciproquement et sur demande tous renseignements sur la législation en vigueur sur leur territoire ou sur les décisions de jurisprudence dans les matières relevant de la présente Convention, ainsi que toute autre information juridique utile* » ; l'article 25 de la Convention d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale entre la République française et la République orientale de l'Uruguay du 16 septembre 1991 institue un tel échange d'informations ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière civile entre la République française et la République socialiste du Vietnam du 24 février 1999 dont l'article 4 prévoit la mise en œuvre d'un système d'échange d'informations.

⁴⁹³ Convention européenne relative à l'information sur les droits étrangers, signée à Londres le 7 juin 1968, rendue applicable en France par le décret n° 72-947 du 11 octobre 1972.

⁴⁹⁴ Pour un exposé détaillé du système mis en place par la Convention, voir BRULLIARD (G.), « Convention européenne relative à l'information sur les droits étrangers », *RIDC*, 1973, p.389

celui-ci, ces divers instruments minorent l'idée selon laquelle un juge devrait appliquer sa propre procédure pour des questions d'efficacité, et de difficulté d'accès au droit étranger.

Il est néanmoins intéressant de noter la faible mise en œuvre de ce mécanisme. Certains auteurs parlent même d'un « échec » de la Convention⁴⁹⁵ tant le taux de recours à ce système est faible. Les chiffres de l'année 1998 transmis par le Ministère de la Justice sont assez significatifs puisqu'il n'y a eu que deux demandes reçues et deux demandes envoyées dans le cadre de cette procédure. L'auteur appelait alors les autorités judiciaires à utiliser plus avant cet instrument dont le champ d'application et le mécanisme permettent d'obtenir des informations fiables dans nombre de domaines. Or, des chiffres plus récents démontrent que l'appel n'a pas été entendu. En effet, en 2006, il y eut deux demandes reçues et une envoyée alors qu'en 2007, si cinq demandes furent reçues par les organes français de réception, aucune n'a été formulée par les autorités judiciaires françaises. Ce constat doit cependant être relativisé, car il est désormais concurrencé, dans un champ territorial proche, par les instruments mis en place par l'Union européenne.

Celle-ci s'efforce depuis quelques années de créer des systèmes offrant des facilités d'information sur les droits de ses États membres. Outre les nombreuses publications éditées par l'Union⁴⁹⁶, le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale a été mis en place par une décision du Conseil en date du 28 mai 2001⁴⁹⁷. Dans le même esprit que la Convention de Londres, elle met en place un système, opérationnel depuis le 1^{er} décembre 2002, où une ou plusieurs autorités désignées par chaque État sont chargées de renseigner les autorités requérantes des autres États membres. Ces points de contact ont également pour mission de faciliter, dans les affaires transfrontières, les demandes spécifiques de coopération judiciaire. En sus de ces missions générales, l'une des plus importantes fonctions du réseau est la mise en place de systèmes permettant une connaissance aisée des droits des États membres accessible au public. Dans ce cadre, a été mis en place le site internet du réseau dont la vocation est de recenser les grands principes et grandes règles de chaque État membre pour plusieurs thèmes déterminés⁴⁹⁸. Or, parmi ces thèmes se trouvent des questions de procédure telles que les délais de procédure ou encore les modalités de saisine des tribunaux.

⁴⁹⁵ MELIN (F.), « La convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », *PA*, 1999, n° 192, p.9

⁴⁹⁶ Voir, par exemple, *Les juridictions des États membres de l'Union européenne*, publié en 2009 par la Cour de Justice des Communautés européennes.

⁴⁹⁷ Décision 2001/470/CE publiée au Journal Officiel des Communautés européennes du 27 juin 2001, L174/25

⁴⁹⁸ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_fr.htm

Encore une fois, le développement de tels instruments démontre qu'à l'heure actuelle, les règles procédurales d'un État étranger sont aussi faciles – ou difficiles, selon les points de vue – d'accès que toute règle de droit matériel⁴⁹⁹. Plus, aussi technique la matière soit-elle, il existe aujourd'hui de réels outils permettant d'en comprendre les rouages. Partant, l'argument selon lequel le juge devrait appliquer sa propre loi à la loi procédure afin d'augmenter son efficacité nous semble de moins en moins pertinent, même si du point de vue pratique il ne peut évidemment pas être totalement rejeté.

118. Conclusion de la section. Les fondements les plus avancés par la doctrine présentent tous des avantages certains et les arguments développés pour les défendre sont souvent plaisants. Néanmoins, aucun fondement, si séduisant soit-il, ne résiste à la critique et à l'évolution du droit international privé contemporain. Pour autant, la règle, si elle ne doit pas devenir un précepte ne souffrant d'aucune dérogation, ne nous semble pas devoir être totalement abandonnée. Aussi est-il nécessaire de s'interroger sur un ou plusieurs nouveaux fondements qui permettraient de la justifier.

⁴⁹⁹ Dans le même sens, à propos du droit substantiel, voir PEROZ (H.), note *JDI*, 2003, p.107, spéc. n°21, p.114. Voir également KEYES (M.), « Substance and procedure in multistate tort litigation », 18 *Torts law journal*, 2010, p.201, spéc. p.217 : « *Perceived difficulties of proof are often referred to as a reason for excluding the application of foreign procedural rules. These difficulties are not unique to foreign procedural rules. It seems unlikely that proof of foreign procedural law would be generally more inefficient or inconvenient than the proof of foreign substantive law or foreign choice of law rules and attitude to renvoi. If foreign procedural law can be proven by expert evidence, the courts of the forum should apply it, subject to the public policy exception.* »

SECTION 2 : LA RECHERCHE DES FONDEMENTS NOUVEAUX DU PRINCIPE *LEX FORI REGIT*

PROCESUM

119. Des fondements simplement évoqués. La recherche de nouveaux fondements de la règle nous conduit à nous interroger sur des notions qui, sans pour autant être nécessairement absentes des écrits doctrinaux, ne sont, la plupart du temps, qu'évoquées rapidement en parallèle des fondements traditionnels ou ne sont retenues que par une infime minorité d'auteurs. Cependant, les fondements traditionnels ayant été rejetés, ils peuvent sans doute apporter une réponse satisfaisante à la question de la justification de la règle *lex fori regit procesum*. Sans préjuger de leur adoption ou non, il apparaît nécessaire d'en faire une lecture approfondie afin de nous forger une opinion. Il en va ainsi de la notion d'*imperium* (§1) ou du principe de proximité (§2). Théorie traditionnelle du droit international privé, la vocation subsidiaire de la loi du for semble également avoir sa place en matière procédurale (§3).

§1 : LE RECOURS A LA NOTION D'IMPERIUM

120. Notion et fondement. Un questionnement sur une éventuelle utilisation de la notion d'*imperium* comme fondement du principe selon lequel la procédure est soumise à la loi du juge saisi (**B**) engage, évidemment et nécessairement, à se poser, à titre liminaire, la question de la définition de cette notion (**A**).

A. La définition de la notion d'*imperium*

121. Origine de la notion. *Imperium* est un mot latin signifiant « commandement », « ordre » et, par extension, « pouvoir de donner des ordres »⁵⁰⁰. Cette notion, née en droit romain, est intimement liée à l'État. À l'origine, *l'imperium*, et plus particulièrement, *l'imperium* du juge, a une connotation éminemment militaire⁵⁰¹, et même divine pour une minorité d'auteurs⁵⁰². Ce n'est que progressivement, depuis l'Empire et surtout le Bas-Empire (fin du III^{ème} siècle apr. J.-C.), que *l'imperium* est passé du domaine militaire (*imperium militae*) au domaine civil (*imperium domi*), voire juridictionnel, changeant en même temps que le statut du magistrat à cette même époque. L'expression n'a jamais eu de réelle traduction en français et reste, encore aujourd'hui, utilisée dans sa version latine.

⁵⁰⁰ V° *Imperium*, GAFFIOT (F.), *Dictionnaire Latin – Français*, Hachette, 1934

⁵⁰¹ GAUDEMET (J.), « *Dominium – Imperium*, Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits – Revue française de théorie juridique*, 1995, n° 22, p.3

⁵⁰² *Ibid.*

122. Définition contemporaine de *l'imperium*. Dans son étude d'ampleur menée sur la notion d'*imperium*⁵⁰³, Monsieur le Professeur Charles Jarrosson estime qu'avant de parler de *l'imperium* du juge, il est nécessaire de s'interroger sur la notion d'*imperium* au sens général du terme, le premier ne constituant qu'une part du second. Ainsi, *l'imperium lato sensu* désigne tout ce qui relève de l'État à savoir la force publique, le pouvoir de commandement et le pouvoir de contrainte. *L'imperium* relève donc de la souveraineté (seul l'État a le monopole de la contrainte), et est limité par le principe de territorialité (la coercition ne peut s'exercer que sur le territoire de l'État qui la déploie). Certains y voient même un synonyme de la notion de souveraineté⁵⁰⁴. Au sens général du terme, *l'imperium* appartient donc uniquement à l'État qui, par la suite, le délègue à des entités telles que l'huissier, le notaire ou encore les agents de la force publique, mais aussi, et évidemment, le juge.

123. Définition contemporaine de *l'imperium* du juge. En droit positif, ce terme est utilisé, principalement par la doctrine, pour désigner l'un des pans de l'office du juge aux côtés de la *jurisdictio*. Il s'agirait alors de désigner les prérogatives liées à la contrainte légitime dont dispose le magistrat, en plus de sa fonction de dire le droit⁵⁰⁵, et dont il hérite de sa délégation de souveraineté. En effet, la Justice est une prérogative régaliennne que l'État délègue au service public de la Justice et, plus précisément, aux magistrats. En opérant cette délégation, l'État se décharge également d'une partie de ses prérogatives de puissance publique qui se retrouve, notamment, dans *l'imperium* du juge⁵⁰⁶. Cette prérogative se manifeste alors, mais ce n'est qu'un signe parmi d'autres, par l'apposition, sur les décisions judiciaires, de la formule exécutoire⁵⁰⁷.

⁵⁰³ JARROSSON (C.), « Réflexions sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.245. À propos de cette étude et de l'importance de sa réception dans le droit contemporain, David Chekroun écrit qu'il s'agit d'un article qui « opère en 1991 un changement des esprits, ou à tout le moins s'affirme comme la référence qu'il convient de citer pour toute étude consacrée notamment à l'imperium, aux pouvoirs du juge et de l'arbitre » (CHEKROUN [D.], « L'imperium de l'arbitre », in *L'arbitrage – Archives de philosophie du droit*, Tome 52, Dalloz, 2009, p.135, spéc. p.147).

⁵⁰⁴ V^o *Imperium*, SALMON (J.) (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.

⁵⁰⁵ V^o *Imperium*, ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1998

⁵⁰⁶ V^o *Imperium*, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.522 ; ROLAND (H.), *Lexique juridique – Expressions latines*, Litec, 5^{ème} éd., 2010

⁵⁰⁷ Elle est prescrite par l'article 1^{er} du décret n° 47-1047 du 12 juin 1997, et est ainsi rédigée : « En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi, le présent arrêt (ou jugement, etc.) a été signé par... ».

En réalité, il ne faut pas voir dans la *jurisdictio* quelque chose d'opposé ou même de parallèle à l'*imperium*, mais bien une des composantes de l'*imperium* du juge *lato sensu*. D'aucuns ont même noté que « l'*imperium* et la *jurisdictio* ne sont que deux faces du pouvoir du juge et non deux prérogatives distinctes ; le juge est toujours un juge, et non un administrateur, quelle que soit la nature de la décision qu'il prend, contentieuse ou gracieuse, définitive ou provisoire, ses pouvoirs, comme sa mission sont spécifiques de sa fonction »⁵⁰⁸. Ainsi, l'*imperium* du juge, serait composé de l'*imperium merum*, de la *jurisdictio* et de l'*imperium mixtum*.

Tout d'abord, l'*imperium merum* correspond à cette part de l'*imperium lato sensu* selon lequel le juge, à titre non exclusif, détient une part de la contrainte légitime que possède l'État. Ainsi, la question de la force exécutoire et donc de la formule exécutoire ou encore certains actes d'administration judiciaire relatifs à l'organisation du service relèvent de ce pouvoir. Ensuite, la *jurisdictio* est le pouvoir exclusif qu'a le juge de dire le droit, pouvoir qu'il tire également de la délégation de l'État et qui, à ce titre, fait partie intégrante de l'*imperium*. Enfin, l'*imperium mixtum* constitue un domaine intermédiaire empruntant des caractéristiques aux deux autres en ce qu'il relèverait théoriquement de l'*imperium merum* par sa forme, mais est trop lié à la *jurisdictio* sur le fond. Le pouvoir d'injonction, l'astreinte ou encore les actes d'administration judiciaire relatifs à l'instance sont des exemples de prérogatives prétorienne appartenant à l'*imperium mixtum*.

La notion d'*imperium lato sensu* et ses composantes ainsi définies, il est possible, à présent, de se questionner sur la place à accorder à cette notion en tant que fondement de la règle selon laquelle la procédure est soumise à la loi du for.

B. L'*imperium* comme fondement de la règle *lex fori regit procesum*

124. Rejet de la notion comme fondement. Si la proposition de la notion d'*imperium* comme fondement de la règle *lex fori regit procesum* n'est pas dénuée d'intérêt (1), l'étude que nous venons de mener nous conduit à devoir la rejeter (2).

⁵⁰⁸ HEBRAUD (P.), Obs. *RTDCiv*, 1950, p.88 et spéc. p.89. Du même auteur, et pour une position similaire, voir également, HEBRAUD (P.), « Rapport sur l'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, p.170, spéc. p.186.

Sur la même idée, voir aussi, V^o *Jurisdictio, Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.589 : « pour les magistrats de la justice étatique dotés de *jurisdictio* et *imperium*, [la distinction] ne forme pas le clivage selon lequel se distribuent les multiples attributions que réunit, en sa plénitude, l'office du juge ».

1. La proposition de l'imperium comme fondement de la règle

125. Un fondement complémentaire. Proposé par Madame le Professeur Olivera Boskovic⁵⁰⁹, le recours à la notion *d'imperium* ne constituerait pas, selon sa suggestion, le fondement de la règle *lex fori regit procesum*, mais un des fondements du principe, associé au principe de proximité⁵¹⁰. Ce dernier ne serait pas, selon elle, suffisant pour justifier la soumission de l'ensemble des règles de procédure à la loi du for, car il n'aurait trait qu'aux règles de déroulement du procès c'est-à-dire la procédure *stricto sensu*. Aussi fait-elle appel, en sus, à cette notion latine.

126. Le recours à la notion *d'imperium* comme fondement. En effet, la notion *d'imperium* permettrait de justifier de l'application de la *lex fori* aux questions relevant strictement du pouvoir du juge autre que celui de dire le droit dans le cadre du déroulement procès civil ou non. Écartant la distinction entre *imperium merum* et *imperium mixtum* comme ne pouvant « nous être d'un grand secours »⁵¹¹, il s'agirait, en fait, d'appliquer nécessairement la loi du for à toutes les questions qui relèvent du pouvoir du juge en dehors de son pouvoir de dire le droit. Seraient donc soumis à la *lex fori*, à ce titre, tout ce qui est qualifié comme relevant de *l'imperium merum* ou de *l'imperium mixtum*. La soumission des questions relatives au déroulement du procès à proprement parler et donc de la *jurisdictio* à la loi du for semblerait alors devoir se justifier, quand tel est le cas, par le principe de proximité.

Encore une fois, la proposition, en plus de paraître innovante, est plaisante puisqu'elle met en avant un fondement qui pourrait servir de critère de délimitation de la catégorie, délimitation pourtant si malaisée⁵¹². Malgré tout, la confrontation de cette proposition avec la définition que nous en avons faite et les développements précédents nous conduisent à douter de son bien-fondé.

⁵⁰⁹ BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003, n° 174, p.146 : « On aurait pu penser qu'il s'agit d'un fondement proximate. Cette idée a été soutenue par au moins un auteur. Mais elle est insuffisante, car, s'il est des questions dont la soumission à la loi du for pourrait, en effet, être justifiée par de pures considérations de proximité, il en est d'autres qui, touchant au pouvoir même du juge, ne peuvent s'expliquer que par des considérations relatives à son imperium ».

⁵¹⁰ Sur le principe de proximité, voir *infra* §2

⁵¹¹ BOSKOVIC (O.), *La réparation...*, *op. cit.*, n° 175, p.147

⁵¹² Sur les questions de délimitation de la catégorie, cf. *infra*, Titre 2

2. Le rejet de l'imperium comme fondement de la règle

127. Le nécessaire recours à la distinction des formes d'imperium. Si Madame le Professeur Boskovic estime que la distinction des différents pouvoirs composant *l'imperium* est inopérante, cela ne nous semble pas devoir être le cas. En effet, les définitions que nous avons posées à titre liminaire démontrent l'impossibilité de passer outre. Le fondement reviendrait à soumettre à la loi du for, en raison de *l'imperium*, tout ce qui n'a pas trait à la stricte fonction juridictionnelle du juge et donc, pour reprendre notre terminologie, tout ce qui n'a pas trait à la *jurisdictio*. Il s'agirait alors, nous l'avons exposé, des règles liées à *l'imperium merum* et à *l'imperium mixtum*. Or, si le premier est effectivement distinct de la fonction juridictionnelle, le second y est, par définition, lié autant qu'il est lié à *l'imperium* au sens strict du terme. Fonder la soumission d'une partie des règles de procédure sur *l'imperium* reviendrait donc nécessairement à ne justifier que celles relevant de *l'imperium merum* puisque celles relevant de *l'imperium mixtum* restent liées au pouvoir de dire le droit. Or, c'est cette fonction de dire le droit qui est le critère avancé pour déterminer le domaine du fondement proposé.

128. Le rejet préalable de la souveraineté. Par ailleurs, même à restreindre le fondement au seul *imperium merum*, la définition qui en a été faite induit l'ambiguïté quant à son originalité. Il a été posé le lien très particulier entre *l'imperium* – qu'il s'agisse de *l'imperium* en général ou, par extension, de *l'imperium* du juge – et la souveraineté de l'État. Plus particulièrement, le juge détiendrait son *imperium* – à titre exclusif ou non selon le pouvoir concerné –, du fait qu'il serait délégataire d'une part de souveraineté et de prérogative de puissance publique. Par conséquent, il nous apparaît que fonder le principe *lex fori regit procesum*, que ce soit en tout ou partie, sur la notion d'*imperium* reviendrait à se rattacher aux idées de souveraineté et de délégation de souveraineté. Or, notre souhait, tel que nous l'avons exprimé⁵¹³, est de s'affranchir de toute connotation souverainiste du principe qui fait l'objet de notre étude. Il se révèle donc impossible de recourir à la notion d'*imperium* pour justifier notre règle et nous devons donc rejeter cette proposition.

Bien que qualifié d'insuffisant, le pan proximate de la suggestion de Madame le Professeur Boskovic pourrait, alors, nous apporter une réponse dans cette recherche de justification de la règle selon laquelle la procédure est soumise à la loi du juge saisi.

⁵¹³ Cf. *supra*, Section 1, §2

§2 : *LE PRINCIPE DE PROXIMITE*

129. Définition et fondement de la règle *lex fori regit procesum*. De plus en plus, le principe de proximité se forge une véritable place de choix dans le droit international privé contemporain (A). Il nous semble, alors, que le postulat selon lequel la loi du for régit la procédure doit également donner un rôle à ce principe comme fondement de la règle (B).

A. La place de la notion de proximité dans les fondements en droit international privé

130. Définition du terme « proximité ». Du latin *proximitas* désignant, au sens propre, le voisinage spatial, le terme « proximité » est un dérivé de *proximus* désignant ce qui est « le plus proche »⁵¹⁴. Le caractère superlatif de la notion fait donc partie intégrante de la définition étymologique du terme, et nous le retrouverons dans le principe de proximité en droit international privé. D'une manière générale, la proximité désigne la « *situation, relativement à une personne, à une chose, à un évènement passé ou futur, de ce qui est proche de cette référence, dans l'espace (voisinage, contiguïté), dans le temps (passé récent, imminence), dans la parenté (proximité du degré), en esprit (affinité), etc.* »⁵¹⁵. La dimension spatiale alors évoquée⁵¹⁶ est celle à laquelle renvoie le principe de proximité en droit international privé.

131. Définition du principe de proximité en droit international privé. En droit international privé, le principe de proximité est, pour tous, associé au nom de Monsieur le Professeur Paul Lagarde. Il en a fait le prisme par lequel il s'interrogeait sur le droit international privé contemporain, lors de son cours général de droit international privé enseigné à La Haye en 1986⁵¹⁷. Il commença alors son exposé en posant une définition générale du principe. Selon l'auteur, il « *exprime simplement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon le lien le*

⁵¹⁴ V^o Proximité, REY (A.) (Dir.), *Dictionnaire Historique de la langue française*, Édition Dictionnaire Le Robert, 4^{ème} éd., 2010

⁵¹⁵ V^o Proximité, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.826.

⁵¹⁶ Cette dimension spatiale, apparaissant à la fin de la première moitié du XVI^e siècle, serait même, selon le *Dictionnaire Historique de la langue française* d'Alain Rey, ce qu'« *exprime essentiellement* » le terme proximité de nos jours.

⁵¹⁷ LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, tome 196, p.9

plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise »⁵¹⁸.

Il s'agirait donc d'édicter des règles – des règles de conflit de lois, de juridictions ou de reconnaissance des décisions étrangères – qui puissent, au terme d'une « démarche concrète »⁵¹⁹ et casuistique, désigner comme étant applicable la loi ayant un lien étroit, ou le plus de liens étroits⁵²⁰, avec la situation en cause. Ce principe agit alors soit dans une fonction répartitrice comme inspirant la règle de conflit de base, soit dans une fonction correctrice en tant qu'exception à une règle de rattachement fixe.

132. Mise en œuvre du principe de proximité. Par suite, l'auteur en loue l'« *apparente objectivité* »⁵²¹. En effet, il permet de ménager les susceptibilités des États en ne privilégiant, de prime abord, aucune souveraineté, et en ne se référant qu'aux données concrètes de la situation pour la soumettre au droit de l'État le plus proche de la situation. Ce caractère permet à ce principe de fonder de nombreuses règles tout en répondant aux objectifs du droit international privé au premier rang desquels se trouve l'harmonie internationale des décisions⁵²². Le danger, alors, est de substituer le principe de proximité à toute autre règle de conflit, et de fonder l'ensemble du système de droit international privé sur un système casuistique au détriment d'un minimum de prévisibilité. Il paraît donc préférable d'allier le principe de proximité, si ce n'est avec une règle fixe, avec des éléments d'analyse prédéterminés.

Déjà très présent dans le droit des obligations depuis plusieurs décennies, le principe de proximité n'a de cesse de se développer dans tous les domaines du droit⁵²³. Madame le Professeur Kessedjian dénote même la « *longévité du principe de proximité* »⁵²⁴. Ce

⁵¹⁸ *Op. cit.*, spéc. n° 2, pp 24-25. Une définition relativement similaire est posée par le *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, V° Proximité (principe de), p.826

⁵¹⁹ LAGARDE (P.), « Le principe de proximité... », *op. cit.*, n° 4, p.30. Monsieur le Professeur Lagarde oppose ainsi le caractère concret du fondement proximate au caractère abstrait de la démarche qu'observait Savigny en recherchant le siège de chaque situation et en posant un rattachement fixe.

⁵²⁰ On retrouve là, la dimension superlative liée à l'étymologie du terme.

⁵²¹ *Ibid.*, n° 4, p.29.

⁵²² Sur le principe de proximité comme « vecteur » du principe directeur du droit international privé que constitue la continuité et sur l'harmonie internationale des décisions, voir NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Préface d'Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 49, 2005, n° 93, p.92 et s.

⁵²³ Dès 1986, Monsieur le Professeur Lagarde note cette « *force d'expansion puissante* ». Il relève déjà, à l'époque, que le fondement proximate « *pénètre plus ou moins subrepticement dans des domaines qui ne sont pas traditionnellement les siens, et même subvertit certaines règles de conflit reposant sur d'autres fondements, assez usés, comme celui de la souveraineté* » (*Ibid.*, n° 5, p.31).

⁵²⁴ KESSEDJIAN (C.), « Le principe de proximité vingt ans après », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.507

rayonnement est, notamment, à mettre au crédit du droit de l'Union européenne qui use, tant et plus, de ce principe de proximité « *au net détriment du principe de souveraineté* »⁵²⁵ que ce soit relativement aux règles de conflit de juridictions ou aux règles de conflit de lois de quelque source qu'elles proviennent.

Devant une telle expansion, il est tout à fait légitime de se demander si le principe de proximité ne s'est pas également insinué dans la procédure en droit international privé. Or, si le principe de proximité ne permet pas, normalement, de poser un critère spatial prédéterminé comme c'est pourtant le cas dans notre règle, une méthode inductive permet de justifier la règle à partir de la méthode casuistique prônée par la proximité.

B. Le principe de proximité comme fondement de la règle *lex fori regit procesum*

133. L'utilisation de la méthode inductive. Si le fondement proximiste est peu présent dans la littérature internationaliste en tant que fondement de la règle *lex fori regit procesum*, il n'en est pas totalement absent. Dans un article y afférent, Stephen Szászy écarte un à un les fondements traditionnels de la règle et propose le principe de proximité comme justification de la règle soumettant la procédure à la loi du for en droit international privé⁵²⁶. L'auteur, que nous suivons, du moins en partie, dans sa démarche, estime que le principe de base du système de droit international privé est le principe de proximité. Partant, la procédure ne doit pas déroger à cet axiome et chaque question procédurale doit être soumise à la loi de l'État avec lequel elle a les liens les plus étroits⁵²⁷.

L'auteur prône alors la méthode analytique qui permet de délimiter le domaine assigné à la *lex fori* en matière de procédure sans pour autant forcer les définitions⁵²⁸. À partir de là, il est possible d'expliquer, et donc de fonder par le principe de proximité, la formulation générale de notre règle selon laquelle la procédure est régie par la loi du juge saisi. En effet,

⁵²⁵ FALLON (M.), « Le principe de proximité dans le droit de l'Union Européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.241. Voir les nombreux exemples d'utilisation du principe en droit de l'Union européenne cités par l'auteur. Pour l'usage du principe dans la sphère européenne de la procédure civile internationale, cf. *infra* B.

⁵²⁶ SZASZY (S.), « The basic connecting factor in international cases in the domain of civil procedure », 15 *International and Comparative Law Quarterly*, (1966), p.436

⁵²⁷ *Ibid.*, p.449 : « It follows from this that as in the domain of private international law the basic rule is not the application of the *lex fori* but the application of the civil law with which the legal relation has, according to the ideological, political, economic conception of the forum, the closest connection, so according to the international law of civil procedure, too, at least from a theoretical viewpoint, the basic principle is not the application of the *lex fori* but the law of procedure which has the closest connection with the procedure itself, with the various procedural legal relations based on them. »

⁵²⁸ *Ibid.*, p.450 : « In order to resolve this question we must apply the analytical method, for in determining the domain of the *lex fori* and of foreign procedural law, just as in private international law, not one but several considerations have to be taken into account. »

partant des observations faites relativement à la loi appliquée pour chacune de ces questions – généralement la loi du for – il est possible, par une opération d'induction, de formuler cette règle générale dont le domaine, nécessairement restreint par rapport à la catégorie en droit interne⁵²⁹, sera alors déjà circonscrit.

Le critère pouvant alors être mis en œuvre afin de définir la catégorie « procédure » est celui de la neutralité, critère suggéré par Monsieur Martin Illmer⁵³⁰. Un problème n'ayant aucune incidence directe sur le fond de l'affaire sera plus proche de la loi du juge saisi, que de celle applicable à la cause. Le choix de l'oralité des débats semble une illustration parfaite. N'ayant aucune incidence sur l'issue du procès au fond, en tout cas directe, cette règle est plus proche du juge saisi que de la *lex causae*, justifiant par cette proximité son intégration à la catégorie « procédure ». À l'inverse, toute règle qui affecterait directement l'issue du litige se verrait soumise à la *lex causae* puisque cette incidence démontre sa plus grande proximité avec le fond. Il est possible de prendre l'exemple des intérêts moratoires. En affectant directement la condamnation – pour l'augmenter ou non –, et en lui étant intimement liée, cette question est plus proche du fond de l'affaire et doit donc, il nous semble, être soumise à la *lex causae*⁵³¹. Le lien entre neutralité et proximité semble ainsi démontré. Monsieur Illmer le résume parfaitement : « *la neutralité en ce sens permet d'appliquer des règles de la lex causae qui sont regardées comme procédurales dans un contexte national, mais qui sont néanmoins si étroitement liées aux règles gouvernant le fond du litige que leur inapplication irait à l'encontre des droits et recours prévus par le droit applicable* »⁵³².

Le problème qui nous occupait préalablement sur la loi applicable aux effets procéduraux des clauses relatives à la procédure dans les contrats internationaux⁵³³ peut donc désormais, nous semble-t-il, trouver réponse. L'intérêt que portent les parties par l'insertion d'une clause sur cette question montre l'influence que cet aspect a pour elles. Elles souhaitent,

⁵²⁹ Sur la nécessité de restreindre au maximum le domaine de la catégorie « procédure » en droit international privé, voir *infra*, Titre 2 et voir, par exemple, RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, Larcier, 3^{ème} éd., 2005, p.471 : « Il y a lieu de poser en règle fondamentale la limitation du domaine procédural du droit du for » ; ou encore, CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Préface de P. Mayer, Economica, 2004, p.52 : « En revanche, le contenu de la catégorie des règles procédurales, au sens du droit international, sera sensiblement plus restreint que le contenu de cette même catégorie au sens du droit interne ».

⁵³⁰ ILLMER (M.), « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237, spéc. p.246

⁵³¹ Pour une analyse plus détaillée sur cette question, cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2

⁵³² *Loc. cit.* : « *Neutrality in this sense is capable of applying rule of the lex causae which are a regarded as procedural in a national context but which are nonetheless so closely intertwined with the rules governing the material dispute that non-application would frustrate the rights and remedies under the applicable law* ».

⁵³³ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 3, §2, B.

par exemple, autant que faire se peut trouver une solution amiable et concertée à leur différend, et retarder la saisine du juge étatique. La question ne semble donc pas neutre, au moins aux yeux des parties, du point de vue du fond de l'affaire. À l'inverse, si une telle possibilité est laissée aux parties, c'est que le juge est peu touché, ou tout du moins ne porte que peu d'intérêt à une telle problématique. À l'évidence, les effets procéduraux de telles clauses sont plus proches du fond que de la procédure. Une soumission à la *lex causae* – et donc la loi d'autonomie – semble dès lors la plus adéquate. Toutefois, rien ne dit que des règles existeront dans la loi étrangère, alors même qu'elle accepterait l'existence de clauses conventionnelles de procédure. Le droit français admet des fins de non-recevoir conventionnelles, mais elle n'a pas nécessairement déjà fait face à toutes les clauses que les justiciables pourraient insérer, par exemple, en référence à une procédure étrangère. Aussi, la *lex fori* retrouverait alors à s'appliquer dans sa vocation subsidiaire. De même, l'ordre public, dans sa branche procédurale, pourra jouer lorsque les effets procéduraux de la clause prévus par la loi étrangère seraient contraires aux valeurs fondamentales du for – au premier rang desquels l'accès à la justice garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Une loi prévoyant qu'une clause de conciliation préalable obligatoire qui n'a pas été mise en œuvre interdit définitivement toute saisine du juge⁵³⁴ nous semblerait, en ce sens, contraire à l'ordre public et devrait donc être écartée⁵³⁵. Dans le prolongement, il incomberait au juge de contrôler la conformité de ces clauses aux réglementations relatives aux clauses abusives⁵³⁶. En effet, la Commission des clauses abusives a publié en 1979 une Recommandation relative spécialement aux clauses concernant les recours en justice⁵³⁷. De même, l'article R132-1 du Code de la consommation condamne de manière irréfragable les clauses qui imposent « *au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber*

⁵³⁴ Si la régularisation en cours d'instance n'est pas possible en vertu de la jurisprudence récente (Cass. Mixte, 12 décembre 2014, *À paraître au bulletin*), la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation a admis qu'une action déclarée irrecevable sur le fondement d'une clause de conciliation préalable obligatoire puisse être réitérée après avoir mis en œuvre la clause (Cass. 2^{ème} civ., 21 avril 2005, *inédit*, pourvoi n°03-10.237).

Dans le même sens, la CJCE insiste sur l'importance du caractère temporaire d'une telle conciliation dans le sens où elle ne doit pas empêcher le recours juridictionnel (CJCE, Affaires C317/08 à C320/08, 18 mars 2010, *Rosalba Alassini, Filomena Califano, Lucia Anna Giorgia Iacono et Multiservice Srl contre Wind SpA et Telecom Italia SpA*, Recueil 2010 p. I-02213, Conclusions Juliane Kokott).

⁵³⁵ Sur les limites tirées de l'ordre public procédural et du droit d'accès au juge, voir BOILLOT (C.), « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD Com.*, 2013, p.1, spéc. n°44 et s.

⁵³⁶ Sur le contrôle de la validité des clauses, voir ANCEL (P.), « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Économica, 2001, p.6, spéc. p.18

⁵³⁷ Recommandation n°79-02 sur les clauses concernant les recours en justice (BOSP du 24 février 1979)

normalement à l'autre partie au contrat ». Quant aux clauses qui ont pour vocation de « Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges », elles sont présumées, de manière simple, être abusives en vertu de l'article R132-2 du même Code. Si le droit international est souvent plus permissif, il ne saurait être toléré de telles clauses, et une loi étrangère les autorisant ne saurait recevoir application⁵³⁸.

134. Le fondement en droit positif. Le principe de proximité tel qu'il a été défini n'est, semble-t-il, pas totalement absent du droit positif et, en premier lieu, du droit de l'Union européenne. Messieurs Ballarino et Paolo Romano notent, par exemple, que « *la législation communautaire récente sur la procédure civile internationale se déclare souvent expressément redevable du principe de proximité* »⁵³⁹. Les auteurs illustrent leur propos par le Considérant 12 du règlement « Bruxelles II »⁵⁴⁰ selon lequel « *Les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité* ». Certes, il s'agit de règles de compétence juridictionnelle et non de procédure à proprement parler, mais cela semble tout de même démontrer l'incidence du principe en droit judiciaire privé en général.

Au-delà, les auteurs estiment que le principe de proximité qu'ils dénomment « *suffisante* » s'applique lorsqu'il s'agit de justifier la règle d'unification du *forum* et du *jus* selon laquelle la loi du for est applicable lorsque l'autorité du for est compétente⁵⁴¹. Par analogie, il ne semble donc pas intellectuellement impensable de considérer que la procédure est régie par la loi du juge saisi sur le fondement de cette même notion. Une telle progression de la place de la proximité dans le domaine de la procédure en droit international privé laisse à penser que le fondement n'est pas dénué de pertinence.

⁵³⁸ L'article R132-1 fait d'ailleurs ressortir cette condamnation au niveau international en faisant référence au « droit applicable ».

⁵³⁹ BALLARINO (T.) et PAOLO ROMANO (G.), « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.37 et spéc. note 2, p.38.

⁵⁴⁰ Règlement (CE) n°1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, JOCE L160 du 30 juin 2000.

⁵⁴¹ BALLARINO (T.) et PAOLO ROMANO (G.), *op. cit.*, p.42.

135. Un fondement convaincant. Et en effet, le fondement nous convainc. Il nous convainc dans un double aspect : négatif, en ce qu'il est imperméable aux critiques déjà formulées, et positif, en ce qu'il revêt des avantages indéniables.

D'une part, d'un point de vue négatif, il résiste aux critiques qui ont pu être adressées aux fondements traditionnels⁵⁴². Évidemment, il n'est pas touché par les critiques formulées à l'encontre des notions évoquées précédemment qui leur sont propres⁵⁴³. Mais, bien au-delà, contrairement aux fondements qui ont été rejetés, il ne fait pas appel à des distinctions litigieuses telles que la distinction entre le fond et la forme⁵⁴⁴, ou encore entre droit privé et droit public⁵⁴⁵. Il ne fait, par ailleurs, pas non plus appel à des règles ou notions dont la portée, en droit international privé contemporain, est sujette à controverse⁵⁴⁶, bien au contraire.

D'autre part, d'un point de vue positif, il emporte l'adhésion en ce qu'il est, on l'a déjà dit, objectif⁵⁴⁷, mais également en ce qu'il permet de justifier tout à la fois, le principe et ses exceptions⁵⁴⁸. Indubitablement, si le fondement souverainiste, par exemple, rendait difficile, intellectuellement parlant, l'admission d'un recours, même ponctuel, à une loi étrangère⁵⁴⁹, le fondement proximiste permet, à l'inverse, de justifier tant le recours à la loi du for que le recours à la loi étrangère. Ainsi, l'application à une question normalement procédurale d'une loi étrangère, comme dans le cadre des commissions rogatoires internationales, pourra totalement s'expliquer par le lien de proximité qui existe entre cette question et le juge étranger. C'est, finalement, à partir de ce lien de proximité qu'ils dénomment « *lien plus objectif* » que Messieurs les Professeurs Rigaux et Fallon justifient, et encouragent même, les recours ponctuels de la loi étrangère en matière de procédure ou pour les questions qui se situent à la lisière entre la catégorie procédure et le fond du droit⁵⁵⁰.

Cependant, si convaincant que soit le fondement proximiste auquel nous adhérons, il ne permet pas, selon nous, de tout justifier. En effet, comme dans toute autre matière, il existe

⁵⁴² Sur les critiques adressées aux fondements traditionnels, cf. *supra*, Section 1

⁵⁴³ Le problème de l'extension, ou non, du caractère facultatif de la règle *locus regit actum* est, par exemple, propre à cette notion (cf. *supra*, Section 1, §1, B) et ne peut être, en tout état de cause, étendu à aucune autre notion.

⁵⁴⁴ Sur la critique adressée, sur ce point, à la règle *locus regit actum*, cf. *supra*, Section 1, §1, B.

⁵⁴⁵ Sur la question, cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2

⁵⁴⁶ Voir, par exemple, la stricte territorialité des règles de droit public (Chapitre 1, Section 2, §2, A., 1, b) ou le recul de la souveraineté en droit international privé (Section 1, §2, B. et Section 2, §1, B., 2).

⁵⁴⁷ Cf. *supra*, A.

⁵⁴⁸ Exceptions sur lesquelles voir *supra*, Chapitre 1, Section 3.

⁵⁴⁹ Cf. *supra*, Section 1, §2, B.

⁵⁵⁰ RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, Larcier, 3^{ème} éd., 2005, p.472 : « *Le deuxième principe encourage le juge à chercher dans un droit étranger ayant avec la situation litigieuse un lien plus objectif que le pur rattachement procédural, la solution d'une série de questions de droit qui forment autant de conditions d'application d'une règle de procédure ou sont préalables au fonctionnement d'une institution procédurale* ».

des cas où la loi étrangère, ne pourra, en tout état de cause, être appliquée d'un point de vue matériel ou intellectuel. Par exemple, la capacité à ester en justice, condition d'exercice de l'action et donc règle procédurale en droit interne⁵⁵¹, est traditionnellement soumise à la loi nationale du justiciable⁵⁵², notamment compte tenu de sa permanence. Or, un apatride ne pourra se voir appliquer, par définition, sa loi nationale et se verra donc soumis aux conditions de capacité à ester en justice de la loi du juge saisi. Cette hypothèse ne s'inscrit pas dans le fondement proximiste, et doit donc trouver à se justifier ailleurs. Dans ce contexte, il est nécessaire de recourir à un correctif, et l'usage ponctuel de la vocation subsidiaire de la loi du for, résurgence du fondement traditionnel de la commodité, apparaît nécessaire. Si l'utilisation de cette technique n'est pas propre à la procédure, la matière offre tout de même des hypothèses d'application. Dans ces cas, le retour à la loi du for ne se justifiera pas par la proximité, mais bien par la traditionnelle vocation subsidiaire de la loi du for.

§3 : LA VOCATION SUBSIDIAIRE DE LA LOI DU FOR

136. Définition et application. Avant d'en voir les possibles implications en matière procédurale (B), il est nécessaire de définir la vocation subsidiaire de la loi du for de façon générale (A).

A. La vocation subsidiaire de la loi du for en droit international privé

137. Définition générale. Mécanisme très connu des internationalistes, la vocation subsidiaire de la loi du for s'entend, dans le sens le plus large qu'il peut-être donné à la notion⁵⁵³, comme la possibilité, pour le juge saisi, d'appliquer – à titre exceptionnel – sa propre loi dès lors qu'aucune autre législation ne peut s'appliquer, et ce pour quelque raison que ce soit. En d'autres termes, il s'agirait pour le juge d'appliquer la *lex fori* dès lors qu'il est impossible d'appliquer une loi étrangère⁵⁵⁴. Suivant cette définition générale, il est possible de

⁵⁵¹ Voir, par exemple, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n° 444 et s., p.336 et s. ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, n°260 et s., pp.237 et s.

⁵⁵² Voir, notamment, Cass. Civ. 27 juin 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, p.234

⁵⁵³ Sur un sens plus restrictif, mais également rejeté par l'auteur, et pour une description générale de la vocation subsidiaire de la loi du for voir CARLIER (P.), *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits*, Thèse Lille 2, 2008, n° 198 et s., p.118 et s.

⁵⁵⁴ Sur ce critère d'impossibilité, voir, par exemple, AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7^{ème} éd., 2013, n°320, p.289 : « cette notion a fait place aujourd'hui à celle de vocation subsidiaire, laquelle ne justifie l'application de la loi du for qu'en cas d'impossibilité dûment constatée d'appliquer le droit étranger normalement applicable ».

recenser deux catégories d'hypothèses générales d'application de la loi du for à titre subsidiaire.

D'une part, le juge mettra en œuvre sa propre loi, dans sa vocation supplétive, lorsqu'une loi étrangère, suivant la règle de conflit, a été déclarée normalement applicable, mais pour une quelconque raison, elle ne peut l'être en pratique. Typiquement, il s'agit des hypothèses où la règle de conflit n'a pas été soulevée et que le juge n'en avait pas l'obligation. Il trouve également à s'appliquer quand le contenu de la loi étrangère n'a pas été prouvé⁵⁵⁵ ou lorsque celle-ci a été écartée en raison de la non-conformité de la solution avec l'ordre public⁵⁵⁶. Il est néanmoins intéressant de noter que certains auteurs ont pu établir une distinction entre ces diverses hypothèses. Ainsi, Monsieur le Professeur Bernard Audit relève, en analysant l'évolution historique du régime procédural du droit étranger, qu'il est plus légitime de parler de « *plénitude de compétence de la loi du for* »⁵⁵⁷ lorsqu'il s'agit de l'absence d'invocation du droit étranger et de vocation subsidiaire dans les autres cas.

D'autre part, la loi du juge saisi sera mise en œuvre, à titre subsidiaire, lorsque l'élément de rattachement ne permet pas de déterminer une loi applicable. Pour ne prendre que deux exemples significatifs, il peut s'agir du cas des apatrides dans l'hypothèse où le facteur de rattachement est celui de la nationalité. Il est également possible de parler des cas de responsabilité délictuelle dans les dommages subis en haute mer où, par définition, le facteur de rattachement ne permet de désigner une loi nationale⁵⁵⁸.

138. Impossibilité matérielle ou sociale. Monsieur le Professeur Louis-Lucas systématise les différentes hypothèses de recours à la loi du for dans sa vocation subsidiaire. Il opère une distinction entre l'impossibilité matérielle et l'impossibilité sociale⁵⁵⁹, ces deux cas de figure entraînant une application de la loi du juge saisi plus ou moins évidente. L'impossibilité matérielle correspond aux hypothèses où le droit étranger ne peut

⁵⁵⁵ Voir, par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 21 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 500, *RCDIP*, 2007, p.575, note H. Muir Watt : « *Mais attendu, d'abord, que si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire* ».

⁵⁵⁶ L'hypothèse de l'application de la loi du for dans sa vocation subsidiaire en cas de la fraude à la loi est plus discutable. En effet, il n'est pas sûr qu'il s'agisse véritablement de vocation subsidiaire, mais simplement de l'application de la loi qui a été fraudée. Ne pas l'appliquer reviendrait, alors, à donner effet à la fraude. En témoigne également la possibilité d'admettre la fraude à la loi étrangère où la loi étrangère fraudée sera appliquée et non la loi du for.

⁵⁵⁷ AUDIT (B.) et d'AVOUT (L), *loc. cit.*

⁵⁵⁸ Cass. Com. 9 mars 1966, *Lenten*, *Bull. civ. IV*, n° 137, *D.*, 1966, p.577, note R. Jambu-Merlin ; *RCDIP*, 1966, p.636, note M. Simon-Depitre et C. Legendre ; *JCP G*, 1967, II, n° 14994, note M. Juglart et E. Pontavice.

⁵⁵⁹ LOUIS-LUCAS (P.), « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *RCDIP*, 1959, p.405, spéc. pp. 420-424.

mécaniquement être appliqué, par exemple, lorsqu'il n'a pas été prouvé. L'impossibilité sociale recouvre les cas où le droit étranger ne peut pas être appliqué du seul point de vue conceptuel. Il s'agit, typiquement des hypothèses d'ordre public.

139. Justification. Une telle faveur accordée à la *lex fori* peut surprendre de prime abord puisque le principe veut qu'il y ait une égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère. Mais, à y réfléchir, l'explication de cette vocation subsidiaire de la loi du for dans les litiges internationaux est simple. De telles hypothèses décrites ci-dessus laissent nécessairement un vide. Or, sous peine de déni de justice, ce vide doit *ipso facto* être comblé. En effet, le juge est dans l'obligation de trancher le fond du litige et, pour ce faire, il faut déterminer une loi applicable au fond. En l'absence d'une loi étrangère applicable en vertu des règles traditionnelles, la loi du for semble la seule être en mesure de jouer ce rôle. La procédure connaît évidemment ces hypothèses.

B. La vocation subsidiaire de la loi du for et la procédure en droit international privé

140. Vocation subsidiaire et procédure en droit positif. L'idée de la compétence générale subsidiaire du droit du for pour justifier l'application de la *lex fori* à la procédure en droit international privé a déjà été évoquée par le droit positif. En effet, dans la décision précédemment citée du juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Paris en date du 15 mars 1995, outre la référence à la règle *locus regit actum*, le juge estime que « *s'agissant, pour le juge français, de la mise en œuvre de règles de procédure civile, seule la loi française du for doit s'appliquer, tant par l'application de la règle "locus regit actum", qu'en raison de la vocation subsidiaire générale de la loi française* »⁵⁶⁰.

Or, nous l'avons vu, si l'annotateur de cette décision rejette catégoriquement, et à raison, la référence à la règle *locus regit actum*, la position quant à la référence à la vocation subsidiaire de la loi du for est plus nuancée. Certes, Monsieur le Professeur Audit la rejette, en l'espèce, mais il ne la met pas totalement hors jeu. En effet, il l'exclut en l'espèce, car il estime « *qu'aucune loi étrangère susceptible de régir la saisie n'est ici identifiée* »⁵⁶¹. Or, la loi du for ne s'applique à titre subsidiaire que lorsqu'aucune loi étrangère ne peut être appliquée. Dans cette espèce, nous nous accordons avec l'auteur pour écarter la vocation subsidiaire de la loi du juge saisi comme fondement de la soumission de la saisie

⁵⁶⁰ TGI JEX Paris, 15 mars 1995, *JDI*, 1997, p.813, note B. Audit. Souligné par nous.

⁵⁶¹ AUDIT (B.), note *JDI*, 1997, p.813, spéc. p.822. L'auteur nuance cependant son propos en estimant que de toute façon, aucune ne « *saurait l'être* ».

conservatoire à la loi française. La mesure devant être pratiquée par un organe public français, sur des biens situés en France dans une banque française, la question avait donc bien les liens les plus étroits avec la France. Par conséquent, la règle générale s'applique sur le fondement principal que nous avons précédemment exposé, la proximité. Cependant, il existe des hypothèses où la question, certes procédurale (ou tout du moins en partie), n'a pas nécessairement de liens plus étroits avec le for, mais se verra, tout de même, appliquer la *lex fori*. L'idée de la vocation subsidiaire de la loi du for avancée par le juge de l'exécution parisien ne paraît alors pas dénuée de toute pertinence.

141. L'hypothèse de départ. La suggestion d'une vocation subsidiaire de la loi du for comme correctif en droit procédural au fondement principal, quel qu'il soit, est esquissée par Messieurs les Professeurs Rigaux et Fallon⁵⁶². Les éminents auteurs belges estiment que rien n'empêche la loi du juge saisi de s'appliquer, à titre subsidiaire, pour combler les lacunes de la loi procédurale étrangère, pouvant être déclarée applicable, en raison, selon le fondement principal que nous avons retenu, des liens que la question a avec la question en cause⁵⁶³. Ils avancent alors l'hypothèse du délai de prescription lorsque les mécanismes du droit international privé associé au droit étranger conduisent à considérer l'action en cause comme imprescriptible. Dans ce cas, selon les auteurs, la loi du for aurait vocation, dans sa dimension supplétive, à régir le délai de prescription. C'est finalement raisonner en termes d'inapplicabilité de la loi étrangère plutôt que d'applicabilité de la loi du for⁵⁶⁴.

Contrairement à la loi applicable au fond qui ne s'appuie que sur les faits de l'espèce pour trouver à s'appliquer, la loi de procédure s'appuie sur un système judiciaire propre à chaque État. Aussi, est-il impératif de tenir compte de cette organisation particulière et de l'éventuelle impossibilité matérielle ou sociale pour le juge d'appliquer une loi de procédure étrangère. On se retrouve bien, alors, dans le cas de figure avancé par Messieurs les Professeurs Audit et d'Avout d'« *impossibilité dûment constatée d'appliquer le droit étranger* »⁵⁶⁵ d'où une justification de la soumission à la loi du for par la vocation subsidiaire de la *lex fori*. C'est dans cette hypothèse que peut se poser, selon nous, la vocation subsidiaire de la loi du for comme fondement de la règle *lex fori regit procesum*.

⁵⁶² RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, Larcier, 3^{ème} éd., 2005, p.472

⁵⁶³ *Loc.cit.*

⁵⁶⁴ Sur une telle vision de la question, voir KEYES (M.), « Substance and procedure in multistate tort litigation », 18 *Torts law journal*, 2010, p.201, spéc. p.214 : « *In practice, the focus is on whether foreign law should be excluded, not on whether forum law covers the field and therefore leaves no place for the application of foreign law.* »

⁵⁶⁵ AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013, n°320, p.289

142. Exemples. Quelques illustrations peuvent être avancées. Le cas d'une impossibilité matérielle a déjà été évoqué avec l'exemple des apatrides et de leur capacité à ester en justice. Toutefois, les cas d'impossibilités sociales, pour reprendre la distinction opérée par le Professeur Louis-Lucas, offrent également des exemples d'impossibilités d'application de la loi étrangère, et d'application de la loi du for dans sa vocation subsidiaire. Au-delà du cas de l'action devenue imprescriptible par l'action des mécanismes de renvoi, les délais de prescription peuvent également soulever des difficultés d'application de la loi étrangère dans l'hypothèse de délais trop courts. Ainsi, si dans le cas d'espèce la Cour de cassation ne l'a pas retenu, les magistrats de la Chambre sociale ont, dans un arrêt en date du 12 juillet 2010⁵⁶⁶, jugé qu'un délai de prescription trop court heurterait la conception française de l'ordre public international en ce qu'il serait susceptible de constituer une atteinte au droit effectif d'accès au juge.

De même, bien que nous n'y adhérons pas, la position énoncée par Lord Woolf dans l'arrêt *Harding v. Wealands* à propos de l'impossibilité d'appliquer les règles étrangères de quantification de la réparation nous semble relever d'une éventuelle impossibilité sociale et donc de la vocation subsidiaire de la loi du for⁵⁶⁷.

À l'échelle européenne, Madame le Professeur Boskovic⁵⁶⁸ et Madame Sussarova⁵⁶⁹ notent la contradiction apparente entre le règlement Rome II – qui prévoit l'application de la *lex causae* aux mesures provisoires et conservatoires – et le règlement Bruxelles I – qui envisage l'application de la loi du for à ces mêmes mesures. Au-delà de la question du cumul ou de la contrariété, la limite posée par le règlement Rome II à la *lex causae* sur le fondement du droit procédural implique que celui-ci se substitue à la *lex causae* pour éviter le déni de justice. La vocation subsidiaire de la loi du for nous semble dès lors pouvoir justifier cette possible opération.

143. Conclusion de la section. À la question pourquoi doit-on soumettre la procédure à la loi du for, nous devons donc écarter un éventuel recours à la notion *d'imperium* qui est trop proche de la notion de souveraineté précédemment rejetée. Par suite, il nous semble

⁵⁶⁶ Cass. Soc. 12 juillet 2010, *Bull. civ.* V, n° 163 ; *RCDIP* 2011, p. 72, note F. Jault-Seséke ; *JCP S* 2010, 1409, note S. Brissy ; *JDI* 2011, p. 600, note V. Parisot ; *Dr. soc.* 2011, p. 102, obs. M. Keller. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation utilise, à tort, l'expression de « *délais de procédure* » pour parler de la prescription de l'action pourtant qualifiée de substantielle en droit international.

⁵⁶⁷ Sur les justifications avancées par Lord Woolf et cet arrêt, voir *supra* Section 1, §3, A.

⁵⁶⁸ BOSKOVIC (O.), « Le domaine de la loi applicable », in *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* sous la direction de S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec, 2008, p.183, spéc. p.192

⁵⁶⁹ SUSSAROVA (A.), « La portée du principe “forum regit procesum” dans la pratique judiciaire belge », *Revue de droit commercial belge*, 2012, p.156, spéc. pp.158-159

établi que la loi du juge saisi s'applique en matière procédurale parce qu'elle est la loi qui a le plus de liens avec ces questions. C'est donc la proximité, mise en œuvre par le critère de la neutralité, qui fondera principalement le principe. En tout état de cause, s'il demeure totalement impossible de mettre en œuvre une quelconque loi étrangère, la traditionnelle théorie de la vocation subsidiaire de la loi du for aura l'occasion, ponctuellement, de justifier le recours à la *lex fori*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

144. Le rejet des fondements traditionnels. La recherche d'une justification au principe selon lequel la procédure doit, en droit international privé, être soumise à la loi du for est nécessaire pour l'asseoir définitivement. En effet, un principe reconnu et fondé n'apparaît pas comme devant être modifié. Aussi, l'action de l'Union européenne sur la formulation de la règle ne se réduirait qu'à un travail de codification ne permettant aucunement de pallier les difficultés. Or, l'étude des fondements traditionnellement attachés à la règle *lex fori regit procesum* démontre qu'ils ne nous satisfont pas. Ceux-ci doivent donc être rejetés.

En effet, le recours à la règle *locus regit actum* ne résiste pas aux critiques, au premier rang desquelles se trouve l'absence d'équivalence entre la notion de forme et la notion de procédure. De même, le fondement souverainiste, très prisé par la doctrine française, ne semble pas se satisfaire des évolutions du droit international privé et de la notion même de souveraineté telle qu'elle est entendue aujourd'hui dans le conflit de lois. Enfin, l'argument de la commodité, souvent associé à l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux et à l'efficacité, peut également être contesté aux vues de la comparaison avec le droit substantiel et du développement des instruments de coopération judiciaire.

145. Le fondement proximate comme fondement principal. Le rejet des fondements traditionnels nous a alors conduit à rechercher un nouveau fondement permettant de justifier le consensus européen. Si le recours à la notion *d'imperium* a été écarté en raison de sa proximité avec la vision souverainiste de la règle, le fondement proximate nous a entièrement convaincue. En effet, il résiste aux critiques précédentes et démontre d'indéniables qualités : objectivité et justification de la règle et de ses exceptions. Par suite, le critère de la neutralité de la question en cause par rapport au fond du litige devrait alors permettre de définir la catégorie « procédure ».

Nous nous proposons donc de retenir ce fondement associé, exceptionnellement, et comme dans toute matière, à la vocation subsidiaire de la loi du for dans les cas où la loi étrangère de procédure ne pourrait pas être appliquée, notamment en raison d'un empêchement dû au système judiciaire du for.

CONCLUSION DU TITRE 1

146. Un principe consensuel. L'étude portant sur la soumission de la procédure à la loi du juge saisi fait ressortir l'existence d'un remarquable consensus européen, consensus à la fois historique et géographique. Une telle unanimité nous a même conduite à élever la règle *lex fori regit procesum* au rang de principe. Cette qualification n'empêche cependant pas, bien au contraire, l'incursion de la loi étrangère dans le domaine de la procédure. Celle-ci prendra la forme d'une prise en considération voire de l'application d'une loi étrangère de procédure, ou de la loi d'autonomie. Mais ces nuances ne sont que ponctuelles. Alors qu'en parallèle l'Union européenne ne cesse de réclamer une action afin d'éliminer les difficultés liées à la procédure dans les litiges transfrontaliers, un tel constat nous exhorte à affirmer l'insuffisance de la formulation européenne d'une règle de conflit de lois – car telle est la nature que nous avons retenue – qui poserait la soumission de la procédure à la *lex fori*. En effet, d'évidence, rien ne permet d'affirmer que codifier un principe séculaire et transnational permettrait de régler les problèmes relevés dans la matière.

147. Un principe justifié. Ce constat est d'autant plus vrai que le principe nous semble justifié. Certes, les fondements traditionnels – à savoir principalement la souveraineté et la commodité – doivent être rejetés du fait de l'évolution de la matière. Toutefois, le principe de proximité, et éventuellement la vocation subsidiaire de la loi du juge saisi permettent, selon nous, de justifier cette règle et ses exceptions. Le critère de délimitation de la catégorie se situera alors dans la neutralité de la règle. Selon celui-ci, rentreront dans la catégorie procédure les questions qui n'ont pas d'influence directe sur le fond du litige.

Ce critère devra être utilisé pour améliorer la mise en œuvre de ce principe. En effet, si la formulation de celui-ci n'engendre pas de dissensions entre les différents systèmes juridiques, sa mise en œuvre pose plus de difficultés, et doit être encadrée. Un tel encadrement sera alors possible par une codification de la règle. En effet, il convient de préciser que si nous rejetons l'efficacité de la seule formulation du principe par l'Union européenne pour résoudre les difficultés posées par la procédure en droit international privé, nous ne rejetons pas l'intérêt pratique de cette action. Cela permettra d'accomplir le premier pas dans l'action de l'Union européenne du point de vue de la méthode conflictuelle, notamment la précision du domaine de la règle.

TITRE 2 : L'INSUFFISANCE DE L'ENCADREMENT DE LA RÈGLE DE CONFLIT PAR L'UNION EUROPEENNE

148. Plan du titre. Si la formulation de la règle de conflit est universelle, sa mise en œuvre semble, de prime abord, apporter beaucoup moins de certitudes. Les difficultés dans la définition de la catégorie « procédure » recensées par la doctrine entraînent d'évidentes et d'inéluctables difficultés méthodologiques relatives à la mise en œuvre du raisonnement conflictuel. L'action de l'Union européenne sous cette forme – la méthode conflictuelle – pourrait donc retrouver sa pleine efficacité en annihilant ces incertitudes. Cela sécuriserait, par voie de conséquence, la méthode conflictuelle quant au traitement européen de la procédure en droit international privé.

Néanmoins, force est de constater qu'aujourd'hui, nombre de ces difficultés ont déjà été anéanties par l'action européenne (*Chapitre 1*) sans pour autant que les objectifs de l'Union européenne en matière procédurale ne soient modifiés. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder la place de la procédure dans les programmes d'action successifs de l'Union européenne, le dernier en date, le programme de Stockholm⁵⁷⁰, ne faisant pas figure d'exception. Actuellement persistent des difficultés liées à la méthode conflictuelle, et particulièrement à la délimitation de la catégorie, dont la résolution passera par la mise en œuvre des principes préalablement dégagés, à savoir le critère de la neutralité. Toutefois, cette entreprise, bien qu'évidemment souhaitée et constituant un premier pas dans l'action de l'Union européenne, apparaît comme insuffisante au regard des objectifs affichés par l'Union européenne (*Chapitre 2*).

**Chapitre 1 : La résolution européenne de difficultés relatives à la mise en œuvre
du principe *lex fori regit procesum***

**Chapitre 2 : La persistance européenne de difficultés relatives à la mise en œuvre
du principe *lex fori regit procesum***

⁵⁷⁰ Programme adopté le 11 décembre 2009 par le Conseil européen, *Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JOUE C115 du 4 mai 2010

CHAPITRE 1

LA RESOLUTION EUROPEENNE DE DIFFICULTES RELATIVES A LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE *LEX FORI REGIT PROCESUM*

149. La résolution de difficultés catégorielles et méthodologiques. Pour la quasi-totalité de la doctrine, française comme étrangère, le problème de la détermination de la loi applicable à la procédure en droit international privé – à savoir la loi du for – semble donc, nous l'avons vu, ne soulever aucun questionnement majeur. Cependant, sa mise en œuvre, avant toute intervention européenne, a pu faire naître parfois des doutes tant sur la délimitation de la catégorie « procédure » que, conséquemment, sur la mise en œuvre de la règle de conflit de lois (*Section 1*).

Or, dans l'espace judiciaire européen, l'absence de consensus sur la définition de la catégorie « procédure » constitue tout autant un obstacle à l'achèvement de l'objectif judiciaire que l'absence d'unification des règles procédurales elles-mêmes⁵⁷¹. À l'évidence, ce manque d'uniformité dans le domaine de la loi applicable conduit à l'absence d'application homogène des différents règlements qui avaient pourtant, à l'origine, pour vocation d'harmoniser les législations nationales de droit international privé⁵⁷². Toutefois, on ne peut que constater que l'action de l'Union européenne, dans le cadre de la méthode conflictuelle applicable au fond, a déjà permis de résoudre certaines de ces difficultés en matière de procédure civile internationale (*Section 2*).

⁵⁷¹ Objectif sur lequel voir, *infra*, Chapitre 2, Section 2 et, surtout, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1

⁵⁷² En ce sens, voir CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012, n°82, p.34 : « L'application uniforme des règles de conflit de sources conventionnelles ou européennes ne peut être assurée que par l'adoption de qualifications communes à tous les États liés par ces règles. »

SECTION 1 : LA SURVENANCE DE DIFFICULTES LIEES A LA METHODE CONFLICTUELLE

150. Des difficultés aux origines diverses. Tous les auteurs s'accordent pour relever qu'il existe une réelle difficulté dans la définition de ce qui doit, ou non, intégrer la catégorie « procédure »⁵⁷³. Ainsi, Walter Wheeler Cook parlait de « *zone d'ombre ou pénombre* » qui entoure « *tous les concepts que nous utilisons dans nos tentatives pour classifier les objets, événements ou situations* »⁵⁷⁴. Cette affirmation a vocation à s'appliquer à l'ensemble des concepts utilisés pour tout essai de classification y compris, évidemment, pour la procédure. Ce sont ces zones d'ombre qui sont à l'origine des difficultés (§1). Par voie de conséquence, la mise en œuvre de la méthode conflictuelle s'avère parfois délicate (§2).

§ 1 : L'ORIGINE : LES DIFFICULTES CATEGORIELLES

151. Dualité de sources. L'analyse de ces « *zones d'ombre* » qui se dressent autour de la catégorie « procédure » permet de déterminer deux sources de problématiques. Les questions de délimitation de la catégorie, et leurs conséquences trouvent leur origine d'une part, dans les rapports qu'elle entretient avec la compétence juridictionnelle (**A**), d'autre part, dans ceux qu'elle développe avec le droit substantiel (**B**). C'est l'illustration parfaite du célèbre arc-en-ciel de Madame le Professeur Gaudemet-Tallon selon laquelle « *comme les couleurs de l'arc-en-ciel changent insensiblement, en droit, les catégories juridiques [...] ne se distinguent plus nettement les un[e]s des autres, [elles] s'entremêlent, [on] passe des un[e]s aux autres sans toujours s'en rendre compte* »⁵⁷⁵.

A. Les difficultés catégorielles liées à la distinction entre procédure et compétence juridictionnelle

152. Des difficultés à deux échelles. L'existence de difficultés relatives à la distinction entre procédure et compétence juridictionnelle est à rechercher dans la terminologie. Avant même de s'interroger sur celles-ci au niveau du droit international privé

⁵⁷³ Pour de nombreuses références, cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, B., 2.

⁵⁷⁴ COOK (W. W.), « "Substance" and "procedure" in the conflict of laws », 42 *Yale Law Journal*, (1933), p.333, spéc. p.334 : « *Apparently all concepts which we use in our attempts to classify objects, events or situations turn out to be surrounded by a "twilight zone" or penumbra* ».

⁵⁷⁵ GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, tome 312, p.23

(2), il paraît intéressant d'observer la situation en droit interne (*I*), celui-ci constituant, en tout état de cause, le point de départ de toute qualification⁵⁷⁶.

1. Les difficultés de différenciation en droit interne

153. Une place privilégiée, mais non exclusive dans les manuels processualistes.

L'étude des difficultés en droit interne démontre, en premier lieu, que celles-ci trouvent leur source dans la place qu'occupe la question de la compétence dans la pédagogie. En effet, en France, les règles générales relatives à la compétence juridictionnelle – matérielle et territoriale – sont toujours incluses dans les manuels et les enseignements de droit judiciaire privé, que certains dénomment, créant une certaine équivoque que nous combattons, procédure civile⁵⁷⁷. Cette place n'est pas l'apanage du système pédagogique et juridique français puisqu'il semble en aller de même en ce qui concerne les systèmes étrangers. Par exemple, la consultation de manuels anglais⁵⁷⁸ permet de se rendre compte que la compétence fait partie intégrante des ouvrages relatifs au « *process* »⁵⁷⁹ comme cela peut être le cas en France. Cette inclusion privilégiée dans les ouvrages universitaires, et l'absence de consensus réel sur la distinction entre procédure et droit judiciaire privé, semble indiquer que la compétence juridictionnelle appartiendrait à la procédure⁵⁸⁰. C'est ici une première source de confusion entre les deux notions que nous tentons de distinguer.

Néanmoins, l'étude de la compétence trouve également sa place, tout du moins en droit français, dans les ouvrages et les enseignements d'introduction générale au droit⁵⁸¹ ou encore, ponctuellement, dans les ouvrages de droits spéciaux, lorsqu'il apparaît nécessaire,

⁵⁷⁶ En ce sens, voir notamment AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013, n°261, p.237.

⁵⁷⁷ Voir, par exemple, GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union Européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, Partie 2, Titre 1, Sous-titre 1 ; COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 17^{ème} éd., 2014, Première partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2 ; FRICERO (N.), *Procédure civile*, Lextenso Gualino, 11^{ème} éd., 2014, Partie 1, Chapitre 2 ; mais aussi, DOUCHY-LOUDOT (M.), *Procédure civile*, Lextenso Gualino, 6^{ème} éd., 2014, Partie 2, Titre 2.

⁵⁷⁸ Par exemple, INGMAN (T.), *The English Legal Process*, Oxford University Press, 13th éd., 2011, Parties 1, 2 et 3.

⁵⁷⁹ Ce terme, utilisé par les manuels, se traduit par la notion de « procès » (*Dictionnaire juridique – Law Dictionary*, Dalloz et Harrap's, 2004). Plus précisément, il désigne « la procédure pour toute action ou poursuite » (« *the proceedings in any action or prosecution* ») (*V^o Process, Black's law dictionary*, West Publishing Co, 4th pocket ed., 2011).

⁵⁸⁰ Entendue dans son sens large. Pour les différentes définitions, cf. *supra*, Introduction.

⁵⁸¹ Voir, par exemple, TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, Livre 1, Chapitre 2, Section 4 ; GRIDEL (J.-P.), *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, Livre III, Titre 2, Chapitre 1 ; BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, Seconde partie, Titre 2, Chapitre 4, Section 1 ; ou encore, ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 2002, 1^{ère} partie, Titre II, Chapitre II, Section 1

pour la matière, de définir le juge compétent⁵⁸². Cette alternative tend à démontrer le fait qu'il est tout à fait possible de distinguer les questions liées à la compétence de celles relatives à la procédure. Ainsi, bien qu'elles aient, sans l'ombre d'un doute, des liens très étroits, ces deux notions peuvent être distinguées ne serait-ce que du point de vue de la pédagogie.

154. La définition de la compétence. En second lieu, la source des difficultés dans les rapports qu'entretiennent la procédure et la compétence, et la plus importante, est à rechercher dans la terminologie utilisée. Elle tient particulièrement dans la polysémie des termes, et principalement celle de la procédure.

Le terme de compétence est issu du latin *competentia* signifiant « qualification »⁵⁸³. De façon générale, elle est définie comme « l'aptitude à agir dans un certain domaine »⁵⁸⁴. Plus particulièrement, pour une juridiction, c'est « l'aptitude à instruire et juger une affaire, à en connaître »⁵⁸⁵ au sens objectif du terme ou, dans un sens subjectif, « l'ensemble des affaires dont cette juridiction a vocation à connaître »⁵⁸⁶.

Ainsi, l'ensemble des définitions qu'il est possible de trouver sur la compétence rejoint l'idée, ici exposée, de l'aptitude à connaître d'une affaire, du fait d'être qualifié pour pouvoir traiter d'une affaire et non des règles régissant le déroulement de cette affaire. Par suite, des auteurs ont affirmé qu'il fallait distinguer la compétence de l'existence du pouvoir de juger (il s'agit, dans ce cas, des règles d'organisation judiciaire) et de la manière d'exercer ce pouvoir (ce sont les règles de procédure proprement dite)⁵⁸⁷. Cette position marque dès à présent le fait que « d'un point de vue conceptuel, il est impossible d'assimiler procédure et compétence »⁵⁸⁸.

⁵⁸² Pour ne prendre que quelques exemples, voir CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), *Droit des biens*, Vuibert, 2011, n° 534, p.264 qui expose la compétence du tribunal de grande instance pour les actions possessoires ; ou encore, MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, qui pose la compétence du juge aux affaires familiales en matière de divorce (n° 573 et s., p.249 et s.), ou du tribunal de grande instance pour les actions relatives à la filiation (n° 1068, p.427) (à noter, dans ce dernier cas, la présence également de développements relatifs à la procédure).

⁵⁸³ ARNAUD (A.-J.) (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p.77, V° Compétence.

⁵⁸⁴ V° Compétence, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.21

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ *Ibid.* Pour des applications autres de la notion de compétence, voir THERY (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (Étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1981, n°3 et s., pp.3 et s.

⁵⁸⁷ ALLAND (D.) et RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{ère} éd., 2003, p.247, V° Compétence, par P. Théry

⁵⁸⁸ BOLZE (A.), *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, Thèse Paris II, 1996, n° 284, p.172.

155. Définitions de la procédure et liens avec la compétence. Concernant la procédure, comme exposé précédemment⁵⁸⁹, il est envisageable de distinguer trois définitions : la procédure comme matière incluant la compétence, la procédure comme processus engagé, ou, enfin, la procédure entendue comme l'ensemble de règles d'avancement du procès.

Selon la première signification, procédure et compétence ne sont pas dissociées, la première englobant la seconde. Autrement dit, d'après ce premier sens, les règles régissant la compétence, et donc la qualité nécessaire pour pouvoir juger, sont des règles de procédure prise dans son sens large. C'est dans le cadre de cette acception que l'on retrouve les questions liées à l'inclusion de la compétence dans les ouvrages consacrés à la « procédure civile ». Toutefois, afin d'éviter de confondre cette approche de la notion de procédure civile avec celle, plus restreinte, qui constitue le cadre de cette étude, nous avons décidé d'adopter l'expression « droit judiciaire privé ». Il est néanmoins intéressant de noter que, même si cette acception de la procédure n'est pas l'objet d'étude de notre thèse et qu'une dénomination permettant de ne pas confondre procédure au sens large et procédure au sens étroit existe, cette dernière n'est pas universellement admise⁵⁹⁰. En conséquence, si pour certains, la procédure englobe la compétence, car elle est entendue comme la matière, pour d'autres, préférant la notion de droit judiciaire privé, elle en est distincte. Cette dichotomie peut engendrer une première source de confusion des deux notions.

La deuxième acception est celle de la procédure entendue comme processus réellement engagé. Cette deuxième définition est également facteur d'enchevêtrement des notions puisque les problématiques couvertes sous le vocable de conflits de procédures sont, en réalité, des conflits ou difficultés liées à la compétence. Plusieurs processus de décision ont été engagés devant plusieurs juridictions, toutes qualifiées pour connaître du litige qui leur a été soumis alors qu'un lien unit plus ou moins étroitement ces multiples processus. C'est, d'ailleurs, dans le cadre de cette conception que nous rencontrerons le plus souvent des difficultés pratiques, certaines règles de procédure influant sur la compétence juridictionnelle⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Cf. *supra*, Introduction

⁵⁹⁰ Pour des auteurs rejetant expressément l'expression « droit judiciaire privé » au profit de la dénomination « procédure civile », voir COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 17^{ème} éd., 2014, n° 2, p.2 ; ou encore, GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, n°14, p.14.

⁵⁹¹ Voir *infra* Section 2, §1, B, 1

Selon la dernière acception, celle retenue pour cette étude, la procédure peut se définir comme « *l'ensemble des règles et principes gouvernant l'enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise de décision* »⁵⁹². En adoptant cette dernière définition, il est tout à fait possible de différencier compétence et procédure selon un critère chronologique : la procédure intervient une fois la compétence établie. Il y aurait alors deux étapes et donc deux notions distinctes : le choix d'un tribunal apte à connaître de l'affaire – c'est la compétence – et, une fois celle-ci établie, les règles permettant d'amener et de faire avancer l'affaire jusqu'à sa résolution et le jugement en découlant – c'est la procédure. Néanmoins, bien que Monsieur le Professeur Théry parle d'une distinction « *pourtant naturelle* »⁵⁹³, la mise en œuvre de ce critère chronologique n'est pas toujours aisée. Aussi, s'il permet de démontrer la distinction entre procédure et compétence juridictionnelle, il ne permet pas toujours de supprimer les difficultés naissant à cause de la proximité des deux notions. Les difficultés surviennent notamment lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la distinction en droit international.

2. Les difficultés de différenciation en droit international privé

156. Les définitions en droit international. La compétence internationale peut être définie comme la « *vocation des tribunaux d'un État pris dans leur ensemble pour connaître un litige présentant des liens avec plusieurs États* »⁵⁹⁴. Cette définition de la compétence n'est donc qu'une projection de la définition de la compétence en droit interne et ne pose, par conséquent, aucun souci terminologique majeur autre que ceux évoqués en droit interne. En effet, cette signification permet également de projeter, sur le plan international, le critère chronologique proposé précédemment. Ce déplacement d'échelle est d'autant plus aisé qu'il n'existe pas de définition particulière de la procédure internationale. Ainsi, tout comme en droit interne, on distingue la compétence internationale qui laisse place, une fois établie, à la procédure.

Au-delà, à supposer, bien que nous ayons rejeté une telle qualification⁵⁹⁵, que le principe de la soumission de la procédure à la loi du for soit une règle de conflit de

⁵⁹² CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004, V^o Procédure

⁵⁹³ THERY (Ph.), « La compétence », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.45, spéc. n^o6, p.52.

⁵⁹⁴ V^o compétence internationale, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.214

⁵⁹⁵ Pour le rejet de la procédure comme règle de conflit de juridictions, cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 1, a.

juridictions, cette notion, plus vaste, amorce une différenciation des deux concepts. En effet, elle est définie comme « *l'expression traditionnellement utilisée pour désigner les questions de compétence directe des tribunaux, de procédure applicable à un litige international et d'effets des jugements étrangers* »⁵⁹⁶. Compétence et procédure sont ici bien distinguées : ce seraient deux questions différentes et successives dans le cadre, plus général, du conflit de juridictions.

En se référant aux différentes définitions utilisées en droit international privé et en transposant le critère chronologique observé du point de vue du droit interne, il ne semble donc pas y avoir de sources particulières de difficulté au niveau terminologique, outre celles existantes en droit interne. Mais, la place pédagogique accordée à la procédure peut faire naître des complications.

157. Compétence internationale et procédure internationale dans la pédagogie. Si en droit interne, c'est la compétence qui appartient au droit judiciaire privé, il est intéressant de noter qu'en droit international privé, c'est la procédure qui appartiendrait au conflit de juridictions. Le principe *lex fori regit procesum* est, nous l'avons vu, pour certains auteurs, une règle de conflit de juridictions ou, tout du moins, qui en emprunte certains aspects. Or, même s'il a été vu précédemment que le conflit de juridictions regroupe plusieurs questions autres que celles liées à la compétence internationale, cette expression a assurément une connotation liée à la compétence de par l'utilisation du terme « juridiction »⁵⁹⁷. Ainsi, les brefs développements traitant de la procédure dans les ouvrages de droit international privé sont toujours inclus dans les parties traitant de celui-ci⁵⁹⁸. Certains auteurs intègrent même les questions de procédure dans la sous-partie traitant de la compétence juridictionnelle internationale à l'intérieur de la partie consacrée au conflit de juridictions⁵⁹⁹, accentuant ainsi, en droit international, la confusion entre compétence et procédure. Monsieur Bolze relève alors cette confusion, qu'il rejette, en notant l'existence d'une « *identification, en droit*

⁵⁹⁶ *Lexique des termes juridiques 2014/2015*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2014, p.232, V^o conflit de juridictions

⁵⁹⁷ Dans un sens commun, le terme juridiction s'entend de « *l'organe institué pour exercer le pouvoir de juridiction* ». Il est alors synonyme de juge ou tribunal. (V^o Juridiction, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.586).

⁵⁹⁸ Cf. par exemple, LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, 2^{ème} partie, Titre 1 (conflit de juridictions), Sous-titre 1, Chapitre 2, n^{os} 792 et s., pp.811 et s. ; ou encore, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, Deuxième partie (Le procès civil international — Conflit de juridictions), Titre II, Chapitre 1, n^{os} 652 et s., pp.447 et s.

⁵⁹⁹ Cf. BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, Titre 1^{er} (conflit de juridictions), Sous-titre 1 (La compétence juridictionnelle internationale), Chapitre 2, Section 3, n^o 187, p.216.

international privé, de la procédure au conflit de juridictions qui finit par assimiler les règles de procédure aux règles de compétence judiciaire »⁶⁰⁰. La doctrine anglaise n'est, d'ailleurs, pas en reste, à l'image de Monsieur Graveson selon lequel « *la procédure inclut la détermination de la juridiction compétente* »⁶⁰¹.

158. La différenciation dans le droit de l'Union européenne. Dans le cadre de l'Union européenne, la différenciation se manifeste, de prime abord, dès le nom donné aux règlements Bruxelles I⁶⁰² et II bis⁶⁰³ régissant « *la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions* ». En juxtaposant, d'un côté, la compétence judiciaire, et de l'autre, la reconnaissance et l'exécution des décisions, le droit européen ne reprend que deux entités du conflit de juridictions et non l'ensemble de celui-ci. La procédure a été écartée des instruments adoptés, démontrant une possible divisibilité des deux concepts.

Par ailleurs, plusieurs arrêts portant sur l'application, principalement du règlement Bruxelles I ou plus précisément de la Convention de Bruxelles de 1968⁶⁰⁴, ont permis d'établir le principe de l'autonomie procédurale et de le mettre en œuvre. Ces différentes décisions établissent régulièrement que la procédure est régie par les lois nationales alors que la compétence fait l'objet d'une application des règles édictées par la Convention puis le règlement. Une telle dichotomie des sources des règles de procédure, d'une part, et de compétence, d'autre part, met bien en relief, là encore, une possible distinction des deux notions pourtant si proches.

Pour ne prendre qu'un exemple, dans l'arrêt *Kongress Agentur Hagen*⁶⁰⁵, étaient en cause des règles relatives à la recevabilité d'une demande en garantie, règles de nature procédurale. Au point 17 de cette décision, les juges ont expressément précisé qu'il y avait « *lieu de distinguer nettement la compétence des conditions de recevabilité d'une demande* » après avoir souligné « *que la convention n'a pas pour objet d'unifier les règles de procédure,*

⁶⁰⁰ BOLZE (A.), *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, Thèse Paris II, 1996, n° 284, p.172

⁶⁰¹ GRAVESON (R.H.), *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 6th ed., 1969, p.630 : « *Procedure includes the determination of the proper court* ».

⁶⁰² Règlement n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et entré en application le 1^{er} mars 2002, JOCE L12 du 16 janvier 2001

⁶⁰³ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000, JOCE L338 du 23 décembre 2003

⁶⁰⁴ Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée le 27 septembre 1968 (72/454/CEE)

⁶⁰⁵ CJCE, 15 mai 1990, Affaire C-365/88, *Kongress Agentur Hagen GmbH c/ Zeehaghe BV*, Recueil 1990 page I-01845, Conclusions Carl Otto Lenz.

mais de répartir les compétences judiciaires ». Dans ces deux affirmations, les magistrats européens ont clairement affirmé la distinction entre procédure et compétence. Ils ont même soulevé la nécessité de différencier les deux notions juridiques dans le cadre de la mise en œuvre du droit judiciaire européen. Pour Monsieur Nuyts, « *la solution exige un délicat partage entre ce qui touche au fond des règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution, seul faisant l'objet du régime uniforme [...] et ce qui touche à la procédure, soumis aux règles éventuellement divergentes prévues par le droit national des États contractants* »⁶⁰⁶.

Ainsi, procédure civile internationale et compétence juridictionnelle internationale peuvent être distinguées, en théorie, selon le critère chronologique précédemment dégagé. Cette distinction est même actée et souhaitée par l'Union européenne. Cependant, elle n'est pas aussi évidente dans la pratique et, nous le verrons, elle a pu soulever, parfois, quelques difficultés⁶⁰⁷. De la même façon, procédure et droit substantiel sont parfois deux notions délicates à individualiser.

B. Les difficultés catégorielles liées à la distinction entre procédure et droit substantiel

159. Une difficulté relevée en droit interne. La délimitation de la catégorie « procédure » par rapport au droit substantiel est, sans aucun doute, ce qui cristallise l'attention des auteurs qui s'interrogent sur la procédure en droit international privé. En effet, comme évoqué précédemment, la doctrine ne s'attarde que très peu sur la règle en elle-même et son fondement pour se consacrer à son domaine d'application. Or, c'est principalement, si ce n'est exclusivement, sur la distinction entre procédure et droit substantiel que les développements doctrinaux portent⁶⁰⁸.

Mais, à y regarder de plus près, les auteurs processualistes de droit interne eux-mêmes relèvent cette « *intime association du fond et de la procédure* »⁶⁰⁹. Cette interdépendance⁶¹⁰

⁶⁰⁶ NUYTS (A.), « Questions de procédure : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale* sous la direction de R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS et N. WATTE, Bruylant, 1999, p.235, spéc. p.240

⁶⁰⁷ Cf. *infra*, Section 2, §1, B., 1.

⁶⁰⁸ Voir les nombreuses références citées *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, B., 2.

⁶⁰⁹ L'expression est de Messieurs les Professeurs Cadiet et Jeuland (CADIET [L.] et JEULAND [E.], *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n° 9, p.5).

⁶¹⁰ Il y a interdépendance dans la mesure où l'influence de l'un sur l'autre va dans les deux sens. Voir sur cette question MAIN (T. O.), « The procedural foundation of substantive law », *Washington University Law Review*, Volume 87, 2010, p.801, spéc. p.802 : « *Procedure is an instrument of power that can, in very practical sense, generate or undermine substantive rights. [...] I suggest that the converse is also true. Specifically, the construction of substantive law necessarily entails making assumptions about how that law ultimately will be enforced* ».

implique que certaines règles de procédure soient, en elles-mêmes, liées aux deux catégories, d'où des difficultés de qualification en droit international privé. Ce lien serait, en fait, la conséquence de la nature auxiliaire de la procédure et de son caractère « *sanctionnateur* »⁶¹¹. Puisqu'elle en sert la réalisation et le sanctionne, la procédure est, par conséquent, et en toute logique, nécessairement liée au droit substantiel. Une telle relation conduit *ipso facto* à ce qu'au moins certaines règles procédurales soient à la lisière des deux ensembles.

160. Une difficulté liée à la nature mixte des règles. En effet, nombre de notions étudiées sous l'angle procédural, sont en réalité des instruments permettant le lien entre l'instance judiciaire et le fond du droit. Il en va ainsi de l'action en justice qui, selon la définition légale, désigne « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* »⁶¹². Traditionnellement, il est enseigné que l'action se distingue de la demande en justice⁶¹³, et n'est donc pas purement procédurale, mais aussi du droit protégé⁶¹⁴, d'où une absence de qualification purement substantielle⁶¹⁵. Il s'agit donc d'une notion qui, bien que semblant procédurale – parce que rattachées à l'instance judiciaire – fait en réalité le lien entre cette instance et le droit substantiel en cause. Elle est donc tout à la fois, procédurale et substantielle. Or, ce type de notion n'est pas si rare dans notre droit.

Au-delà, la nature mixte de la procédure civile, entre droit public au service de la Justice et droit privé au service des particuliers⁶¹⁶, nourrit la confusion en droit international privé au regard des principes de qualification. En effet, il est constant, en droit international privé, de dire que la qualification des notions litigieuses s'opère en considération du facteur de rattachement qui y est apposé et de la finalité de la règle de conflit⁶¹⁷. Or, dans le cadre de notre étude, nous avons conclu que la règle de conflit de lois soumettant la procédure à la loi du for s'expliquait principalement par le principe de proximité, et que le critère de délimitation était celui de la neutralité. Il est possible de dire que des règles de nature publique auront plutôt vocation à se rapprocher de la catégorie « procédure » en ce qu'elles ont trait au seul déroulé du procès et à l'office du juge sans aucune coloration substantielle. À l'inverse,

⁶¹¹ L'expression est de Messieurs les Professeurs Cadiet et Jeuland (*Ibid.*, n° 8, p.4).

⁶¹² Article 30 du Code de procédure civile

⁶¹³ Voir CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 331 et s., p.247

⁶¹⁴ *Op. cit.*, n° 320 et s., p.241

⁶¹⁵ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1, §1, A.

⁶¹⁶ Voir, *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1

⁶¹⁷ Voir, par exemple, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, n° 313 et s., p.231 et s. ; AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013, n°s 189 et 260, pp.178 et 237 ; ou encore, BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *op. cit.*, n° 383, p.454.

l'aspect privatiste des règles procédurales, dans le sens où elles régissent les rapports entre particuliers, conduit à ce qu'elles semblent plutôt tendre vers une proximité plus importante avec le pur rapport entre les parties et donc le fond du droit.

Devant ces différentes intrications théoriques dans la définition de la catégorie « procédure », la mise en œuvre du mécanisme conflictuel, qui repose sur la qualification, s'avère parfois délicate.

§2 : LES CONSEQUENCES : LES DIFFICULTES METHODOLOGIQUES

161. Des conséquences méthodologiques multiples. La qualification est l'étape préalable et indispensable de la mise en œuvre du mécanisme conflictuel. Sans intervention particulière extérieure, les difficultés liées à celle-ci engendrent, par suite logique, des difficultés méthodologiques telles que les questions de conflits de catégories et de qualifications (**A**), les hypothèses de renvoi de qualifications (**B**), ou encore des réserves quant aux conditions de la reconnaissance ou de l'*exequatur* (**C**). De façon quelque peu surprenante, les incertitudes liées à la définition de la catégorie conduisent également à un risque de *forum shopping* qui paraissait, de prime abord, plutôt lié aux disparités procédurales elles-mêmes (**D**).

A. Le conflit de catégories et de qualifications et la catégorie « procédure »

162. Deux types de questions relatives à la qualification. La technique des qualifications soulève traditionnellement deux types de difficulté méthodologiques qui se réalisent tout autant concernant la procédure : le conflit de catégories (**I**) et le conflit de qualifications (**2**).

1. *Le conflit de catégories et la catégorie « procédure »*

163. Définition. Le conflit de catégories se manifeste lorsqu'une question de droit, ou un projet selon certains auteurs⁶¹⁸, a potentiellement vocation à intégrer plusieurs catégories distinctes. Le jeu de la règle de conflit oblige néanmoins à effectuer un choix parmi ces catégories. Il apparaît alors évident que les difficultés exposées précédemment de délimitation de la catégorie « procédure » conduisent inévitablement à des conflits de catégories qu'il est parfois malaisé de résoudre.

⁶¹⁸ Sur l'objet de la qualification, voir Bertrand Ancel, « L'objet de la qualification », *JDI*, 1980, p.227

164. Méthode de résolution en droit commun. C'est ici qu'intervient la technique, précédemment évoquée, de qualification fondée sur la finalité de la règle de conflit où « *la qualification repose sur le sens de la règle de conflit* »⁶¹⁹. En effet, lorsqu'une question fait l'objet d'un conflit de catégories – en l'occurrence, est-elle procédurale ou substantielle ? –, il convient d'interroger l'objectif de la règle à qualifier en cause et de voir, selon les fondements de chaque règle de conflit envisageable, laquelle est le mieux à même de correspondre à l'objectif poursuivi. Ainsi, les questions soulevant un doute quant à la qualification procédurale ne seront qualifiées comme telles que si cette qualification correspond à l'objectif de la règle *lex fori regit procesum*⁶²⁰. Nous avons pour ce faire dégager le critère de la neutralité.

Le problème du conflit de catégories paraît donc pouvoir aisément être résolu selon une démarche casuistique, mais, dans la pratique, il peut être épineux de déterminer quelle finalité est la plus adéquate. Au-delà, certaines questions peuvent, là encore, répondre aux impératifs de deux catégories distinctes. Les questions relatives aux présomptions sont particulièrement parlantes. En effet, en ce qu'elles influent sur l'office du juge et sur la conduite de l'instance – notamment vis-à-vis de la place procédurale des plaideurs –, elles participent du déroulement du procès, et semblent donc plus proches du juge saisi et de la loi du for. En même temps, en ce qu'elles facilitent ou non la tâche des justiciables dans le déroulement du procès et donc dans sa résolution, en ce qu'elles ont une incidence directe sur la persistance de leurs droits, elles se rapprochent de l'approche substantialiste et donc de la *lex causae*.

165. Dangers du conflit de catégories. Outre cette difficulté, les risques sont de constater une manipulation de la catégorie dans une optique *lexforiste*. Il est ainsi aisé, pour agrandir le champ de compétence de la loi du for – toujours plus simple à appliquer – de privilégier la qualification processuelle au détriment de la qualification substantielle qui pourrait pourtant être plus adéquate. Cette manipulation peut sembler acceptable en ce que la catégorie choisie était envisagée, mais nous pouvons regretter les raisons présidant au choix de la catégorie. Dans le cadre de l'Union européenne, cette tendance *lexforiste* conduirait à considérer comme procédurale une question afin de la soustraire à la législation étrangère ou européenne.

⁶¹⁹ ANCEL (B.), « La qualification », Rép. Internat. Dalloz, 1998

⁶²⁰ Sur lequel cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2

Par ailleurs, sans y voir une quelconque volonté délibérée d'extension de la loi du for, le conflit de catégories peut simplement soulever des questionnements quant au domaine d'application des règlements unifiant les règles de conflit de lois au niveau européen. La question est-elle procédurale – auquel cas, elle échappe au règlement⁶²¹ et est soumise à la loi du for – ou est-elle substantielle – et donc soumise à la loi désignée dans le règlement ? C'est l'hypothèse des intérêts moratoires pour laquelle nous nous attacherons à démontrer l'aspect substantiel⁶²², bien que le doute puisse exister.

Au-delà, si la catégorie est difficile à délimiter en droit interne, engendrant des conflits de catégories, tous les pays connaissent des mêmes difficultés. Aussi, le conflit de catégories devient-il parfois conflit de qualifications.

2. *Le conflit de qualifications et la catégorie « procédure »*

166. Définition. Il y a conflit de qualifications lorsque deux systèmes juridiques distincts qualifient différemment une même question. En effet, les difficultés relatives à la délimitation de la procédure précédemment exposées ne sont pas propres au système juridique du for. Des ordres étrangers connaissent les mêmes questions auxquelles il est parfois difficile de trouver une réponse. Il semble donc tout à fait possible que le choix opéré par le droit international privé du for quant au classement d'une question en tant que procédurale ou non soit différent de la réponse que pourra apporter un droit international privé étranger. Nous serons donc bien, alors, en présence d'un conflit de qualifications. Or, la multiplication des conflits de catégories et des qualifications tangentes en matière de procédure sont autant d'hypothèses possibles de conflit de qualifications. Bien qu'aujourd'hui la question soit réglée par les instruments européens, il n'est, ainsi, pas rare d'illustrer ce problème méthodologique grâce à la procédure en se référant à la délicate qualification de la prescription⁶²³.

167. Méthodes de résolution du droit commun : la doctrine. Bien que connue des auteurs plus anciens, cette difficulté a été mise en exergue par la doctrine à la fin du XIX^{ème} siècle. Même si, en réalité, il était précédé par Kahn en 1891, Étienne Bartin, inspiré par la

⁶²¹ Régulièrement, la procédure est expressément exclue du champ d'application des règlements européens. Voir, par exemple, les articles 1§3 des règlements Rome I et Rome II.

⁶²² Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2

⁶²³ Voir, par exemple, BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°388, p.458 ; AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013, n°266, spéc. p.244 ; RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, Larcier, 3^{ème} éd., 2005, n°7.7, p.283 et s.

célèbre affaire *Bartholo*⁶²⁴ et la quarte du conjoint pauvre, fait figure d'initiateur en la matière⁶²⁵. Pour remédier à cette problématique, Bartin préconise la qualification *lege fori*. Le juge saisi doit qualifier la question qui lui est posée selon ses propres conceptions en projetant, purement et simplement, les qualifications du droit interne sur le plan international. Il relève que, même si deux lois étrangères sont en concurrence, la souveraineté du juge saisi est atteinte puisque, quoi qu'il en soit, l'application d'une loi étrangère la limite. La mise en cause de cette souveraineté implique nécessairement la loi du for. Ainsi, toutes les questions relevant de la procédure civile en droit interne, devraient être qualifiées comme telles en droit international privé et soumises à la loi du for. Pour tenter d'éclairer notre propos, prenons l'exemple d'un juge français saisi d'une demande de réparation d'un dommage survenu en Angleterre, l'évaluation des dommages n'appelant pas la même qualification dans tous les États : substantielle en droit français⁶²⁶, elle apparaît procédurale en droit anglais⁶²⁷. Selon la théorie de Bartin, le juge français devrait nécessairement soumettre l'évaluation d'un dommage survenu en Angleterre à la loi anglaise, loi applicable au fond.

Si ses successeurs l'ont souvent suivi dans ces conclusions⁶²⁸, certains y ont apporté des précisions à l'image de Niboyet. Ce dernier justifie la même solution par l'adage *ejus est interpretari legem cujus est condere*⁶²⁹ : un système juridique édicte la règle de conflit, ce système juridique doit donc lui-même définir la catégorie y afférent. Pour sa part, Monsieur le Professeur Bertrand Ancel reprend l'ensemble de ces idées et justifie le recours à la qualification *lege fori* par quatre arguments⁶³⁰. Le premier est l'argument technique qui reprend, entre autres, l'objection du cercle vicieux opposé à la qualification *lege causae* qui sera exposée ci-dessous. Le deuxième est l'argument logique qui s'appuie sur l'adage latin précité et l'interprétation d'une règle par son auteur. Le troisième est l'argument pratique selon lequel les catégories édictées en droit international sont le reflet des hypothèses connues en droit interne par chaque État qui est donc le mieux placé pour les définir. Enfin, le quatrième argument est l'argument juridique. Selon ce dernier, la fonction de la règle de

⁶²⁴ Cour d'appel d'Alger, 24 décembre 1889, *Clunet*, 1891, p.1171 ; *GAJFDIP*, n° 9

⁶²⁵ BARTIN (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet*, 1897, pp.225, 466 et 720.

⁶²⁶ Voir, Cass. Com., 9 mars 1966, *Lenten*, *Bull. civ. IV*, n° 137, et BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003, n°24, p.28.

⁶²⁷ *Harding v. Wealds* [2006] UKHL 32, [2007] 2 AC 1

⁶²⁸ Pour un historique approfondi de la doctrine, voir LEHMANN (R.), « Les qualifications », *J-CI Droit International*, fasc. 531.

⁶²⁹ « *Le pouvoir d'interpréter la loi appartient à celui qui a le pouvoir de l'édicter* » (ROLAND [H.], *Lexique juridique – Expressions latines*, Litec, 5^{ème} éd., 2010, p.90)

⁶³⁰ ANCEL (B.), « La qualification », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998

conflit « est de relier à la vie sociale interne, contrôlée et constituée par l'ordre du for, les rapports de droit privé qui, par quelque côté, échappent à ce dernier pour se développer aussi dans d'autres ordres juridiques »⁶³¹.

À l'inverse, des auteurs tels que Despagnet ou l'allemand Wolff préconisaient la qualification *lege causae* c'est-à-dire en vertu de la loi applicable au fond. Selon ces internationalistes de renom, il faudrait demander à la loi étrangère en concurrence si la question en cause est une question de procédure, soumise à la loi du for, ou une question substantielle, soumise à la *lex causae*. Ainsi, pour reprendre notre exemple précédent, le juge français saisi d'une demande de réparation d'un dommage survenu en Angleterre devrait demander à la loi anglaise la qualification de la question de l'évaluation du dommage. La qualification selon la *lex causae* primant, le juge français appliquerait la loi française, loi de procédure pour évaluer le montant de la réparation. Il est intéressant de constater que la justification s'appuie sur le même adage latin précité à ceci près que la règle à interpréter ne serait pas la règle de conflit, mais la loi matérielle potentiellement applicable au fond. Dans cette optique, il est donc tout à fait juste de qualifier selon la loi applicable au fond. L'inconvénient est la création d'un cercle vicieux : comment demander sa qualification à la loi applicable alors qu'il est justement question de savoir si celle-ci est applicable ou non ?

168. Méthodes de résolution du droit commun : la jurisprudence. Face à ces deux solutions diamétralement opposées, la jurisprudence française a tardé à adopter une réponse explicite à la question du conflit de qualifications⁶³². En effet, ce n'est qu'en 1955, avec le fameux arrêt *Caraslanis*⁶³³, que la Cour de cassation a soumis expressément la qualification en droit international privé à la loi du for relevant « *que la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français* »⁶³⁴. La position jurisprudentielle n'est, cependant, pas une application extrémiste de

⁶³¹ *Ibid.*, n° 81

⁶³² Néanmoins, si la Cour ne l'a affirmé qu'en 1955, elle a, semble-t-il, toujours appliqué cette théorie implicitement.

⁶³³ Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 1955, *Bull. civ. I*, n° 260 ; *RCDIP*, 1955, p.723, note Batiffol ; *D.*, 1956, p.73, note Chavrier ; *GAJFDIP* n° 27.

⁶³⁴ Dans cette affaire, une Française s'est mariée en France avec un Grec, la célébration du mariage étant uniquement civile. Par la suite, elle demande le divorce en France et l'époux forme une demande reconventionnelle en nullité du mariage, la loi grecque ordonnant une célébration religieuse sous peine de nullité. Les juges du fond prononcèrent le divorce, validant donc le mariage en son unique forme civile. Un pourvoi fut alors formé selon lequel la loi grecque qualifiait cette question comme appartenant à la catégorie « condition de fond du mariage » soumise, dans les deux États, à la loi nationale des époux. La Cour de cassation rejeta le pourvoi en énonçant le principe de la qualification *lege fori* : la forme, religieuse ou civile, du mariage est, selon

la théorie de Bartin. En effet, si le juge qualifie selon ses propres conceptions, il n'est pas obligatoire qu'elles soient la projection exacte des catégories du droit interne. Celles-ci, si elles constituent le point de départ évident de la qualification internationale, doivent tout de même connaître des adaptations au regard du contexte⁶³⁵. Ainsi, c'est la définition française de la catégorie « procédure », définition adaptée aux exigences du droit international, qui prime les éventuelles divergences relatives au domaine de la *lex fori* en la matière. Dans notre exemple, le juge français devrait donc retenir la qualification substantielle et appliquer la loi anglaise.

La solution adoptée par le droit anglais est totalement équivalente : le juge anglais saisi d'un litige international qualifie selon les conceptions du droit anglais⁶³⁶, conceptions adaptées aux besoins du droit international⁶³⁷.

169. Dangers du conflit de qualifications. Cette prise de position paraît résoudre toute difficulté relative à ces divergences. Néanmoins, dans le cadre de l'Union européenne,

le droit français, une condition de forme du mariage devant être soumise à la loi du lieu de célébration c'est-à-dire, en l'espèce, la loi française qui ne prescrit, comme obligatoire, que le mariage civil.

⁶³⁵ Voir, par exemple, Cass. 1^{ère} civ. 25 juin 1957, *Silvia*, *Bull. civ. I*, n°298, *RCDIP* 1957, p.680, note Battifol ; *GAJFDIP* n°29

⁶³⁶ BRIGGS (A.), *The conflict of Laws*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p.9 : « Both aspects of the process of characterization are undertaken by reference to English law : the available categories are those created by English private international law ; and the placing of the facts within one or more of them is done according to English private international law ».

⁶³⁷ *Ibid.*, p.10 et s. : « As regards whether a particular issue raised for decision in a case should be fitted into one or another of these categories, the usual explanation is that this is done by using English law as the point of departure, and treating an issue as one would treat its nearest English equivalent : the exercise is undertaken “ in a broad internationalist spirit in accordance with the principles of conflict of laws of the forum ” ».

Pour énoncer cette règle, l'auteur se fonde sur l'arrêt *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v. Five Star Trading LLC* [2001] EWCA Civ 68, [2001] QB 825. Des armateurs ont fait assurer un navire par un assureur français. La police d'assurance est soumise à la loi anglaise. Ils cèdent leurs droits liés à l'assurance à une banque dans un acte également soumis au droit anglais. Cette cession a été notifiée à l'assureur français, notification valable selon le droit anglais, mais pas selon le droit français. Le bateau assuré rentre en collision avec un navire, causant le naufrage de ce dernier. Le bateau assuré est arrêté en Malaisie. Les propriétaires de la cargaison qui était à bord du navire coulé obtiennent des ordonnances de saisie-conservatoires contre les indemnités d'assurance en France au cas où le produit de la vente ne suffirait pas à les désintéresser. La banque cessionnaire demande au juge anglais que soit déclarée valable la notification à l'assurance, et de déclarer que les armateurs n'avaient donc plus aucun droit sur d'éventuels sommes afférentes à cette assurance, ces droits étant accordés à la banque. Ainsi, toutes les sommes allouées par l'assurance au titre de l'accident devaient être versées à la banque et ne pouvaient faire l'objet de saisies effectuées à l'encontre de l'armateur. En appel, Mance LJ se prononça sur la question de la qualification (at 27) : « While it is convenient to identify this three-stage process, it does not follow that courts, at the first stage, can or should ignore the effect at the Q second stage of characterising an issue in a particular way. The overall aim is to identify the most appropriate law to govern a particular issue. The classes or categories of issue which the law recognises at the first stage are man-made, not natural. They have no inherent value, beyond their purpose in assisting to select the most appropriate law. A mechanistic application, without regard to the consequences, would conflict with the purpose for which they were conceived. They may require redefinition or modification, or new categories may have to be recognised accompanied by new rules at stage 2, if this is necessary to achieve the overall aim of identifying the most appropriate law ».

le risque nous semble évident. Il se réaliserait dans l'absence d'application uniforme d'un même règlement. Ainsi, pour conserver l'exemple de la réparation du dommage survenu en Angleterre, en l'absence d'une quelconque intervention européenne sur la qualification, le juge français soumettrait cette question à la règle de conflit unifiée alors que le juge anglais appliquerait sa propre loi en tant que loi de procédure. Un tel risque va, irrémédiablement, à l'encontre de l'objectif de prévisibilité du droit européen⁶³⁸.

Par ailleurs, combinées avec les règles de conflit de systèmes, ces divergences de qualifications font naître une nouvelle problématique dont la résolution n'est, cette fois, pas certaine en droit commun.

B. Le renvoi de qualifications et la catégorie « procédure »

170. Position du problème. L'adoption de la qualification *lege fori* opérée par l'arrêt *Caraslanis* n'a, en réalité, pas permis de mettre fin à tous les questionnements soulevés par les différences de qualifications. En effet, la doctrine a mis en lumière la possibilité d'un renvoi de qualifications⁶³⁹. Il s'agit de l'hypothèse où les dissemblances entre les règles de conflit applicables résultent, non pas d'une divergence entre facteurs de rattachement, mais d'une différence de qualifications. Par suite, chaque système juridique n'applique pas la même règle de conflit à une même situation. Si le renvoi, dans son hypothèse la plus commune (celle d'une divergence entre les facteurs de rattachement), a été admis très tôt dans la jurisprudence française par les grands arrêts *Forgo*⁶⁴⁰, son application, dans l'hypothèse d'un renvoi de qualifications, suscite plus d'interrogations. Or, si les qualifications divergent entre pays membres de l'Union européenne, l'hypothèse d'un renvoi de qualifications n'est pas une hypothèse d'école. Partant, l'objectif de sécurité juridique assigné au droit international privé européen serait, alors, loin d'être atteint⁶⁴¹.

⁶³⁸ En ce sens, voir SCHOEMAN (E.), « Rome II and the substance-procedure dichotomy : crossing the Rubicon », *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, 2010, p.81, spéc. p.87

⁶³⁹ Autrement appelé « le renvoi par qualification divergente » par Érik JAYME in « Identité culturelle et intégration : le droit privé postmoderne. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1995, tome 251, p.9 et spécialement p.113.

⁶⁴⁰ Cass. Civ., 24 juin 1878, S., 1878, I, p.429 ; D., 1879, I, p.59 ; *Clunet*, 1879, p.285 ; et Cass., Req., 22 février 1882, S., 1882, I, p.393, note Labbé ; D., 1882, I, p.301 ; *GAJFDIP*, n° 7-8

⁶⁴¹ À propos de cet objectif de sécurité, et pour ne prendre qu'un exemple, il est possible de citer la communication de la commission relative au programme de Stockholm (COM[2010] 171 final du 20 avril 2010) selon laquelle « Lorsque des citoyens européens se rendent en voiture dans un autre État membre et ont la malchance d'y avoir un accident, une sécurité juridique doit leur être garantie quant aux délais de prescription applicables aux demandes d'indemnité à l'assurance. »

Dans sa monographie sur le renvoi⁶⁴², Phocion Francescakis évoque et baptise cette hypothèse particulière pour la ramener à un simple renvoi « *à la condition qu'il n'y ait pas de doute sur la teneur des règles de conflit applicables de part et d'autre* »⁶⁴³. Il reprend à la doctrine de Khan l'observation selon laquelle le conflit de qualifications aurait un « *caractère latent* »⁶⁴⁴ en ce sens où la divergence entre les règles de conflit « *est dissimulée sous les apparences de la terminologie* »⁶⁴⁵. Ainsi, pourquoi, sauf lorsque la qualification est incertaine, différencier renvoi de rattachements et renvois de qualifications ?

Outre les développements accordés par Francescakis à cette question dans sa monographie, il existe peu de contributions doctrinales portant sur le seul sujet que constitue le renvoi de qualifications. Celle de Monsieur le Professeur Yves Lequette dans les *Mélanges à la mémoire de Dominique Holleaux*⁶⁴⁶ fait, ainsi, figure de référence en la matière. Après y avoir soulevé et analysé la rareté de cette question dans les écrits doctrinaux, Monsieur le Professeur Lequette s'attache à y apporter une réponse. Il commence par illustrer les dangers du renvoi de qualifications. Pour ce faire, il prend l'exemple du traitement, absurde, de la question de la prescription dans les célèbres arrêts allemands des 8 mai 1880 et 23 janvier 1882⁶⁴⁷. Une divergence de qualification entre la qualification procédurale et la qualification substantielle était justement en cause. La conception substantialiste de droit allemand amena à la désignation du droit américain qui, en raison de la qualification procédurale, ne connaissait pas, dans ses règles substantielles de délai pouvant être appliqué. L'action fut alors déclarée imprescriptible et le moyen de défense rejeté. Ayant, ainsi, relevé ce risque lié à l'application stricte des règles de qualification, l'auteur soulève et écarte le problème de la prétendue impossible coexistence du principe de la qualification *lege fori* et du renvoi de qualifications. En effet, le renvoi au premier degré permettrait de préserver, tout comme la qualification *lege*

⁶⁴² FRANCESCAKIS (P.), *La théorie du renvoi – et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958

⁶⁴³ *Ibid.*, p.85. Cette assimilation permet, en conclusion, à Francescakis, de la condamner, tout comme il condamne l'admission trop large du renvoi, p.261 : « *Il résulte ainsi de notre enquête que le renvoi ne saurait être considéré comme un principe général du droit international privé. [...] Le renvoi est en réalité, à l'instar de la règle de conflit elle-même, un moyen ou un procédé de règlementation dont l'efficacité doit être contrôlée en relation avec les buts qu'on lui assigne, buts dont on a déjà dit qu'ils en commandent chacun une construction particulière. Une disposition législative imposant dans tous les cas le renvoi nous semble en conséquence indésirable. Ses incidences sur chacune des matières de droit privé sont impossibles à contrôler d'avance. Il impose des subtilités et des compilations de raisonnement dont il n'est pas raisonnable d'attendre que la pratique puisse jamais les maîtriser. Il est pour cette raison cause d'insécurité pour les justiciables.* »

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p.83. Voir également ANCEL (B.), « La qualification », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998, n°5.

⁶⁴⁵ FRANCESCAKIS (P.), *loc. cit.*

⁶⁴⁶ LEQUETTE (Y.), « Le renvoi de qualifications », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 249

⁶⁴⁷ RG 8 mai 1880 : *RGZ* 2, 13 – 23 janvier 1882 : *RGZ* 7, 21.

fori, la cohésion de l'ordre juridique interne du *for*⁶⁴⁸. Quant au renvoi au second degré, il apparaît comme un mécanisme nécessaire à l'harmonie des décisions constituant des « *impératifs [...] nullement antinomiques de ceux qui commandent la qualification lege fori* »⁶⁴⁹. Il s'appuie également, en faveur de l'admission du renvoi de qualifications, sur les justifications traditionnellement apportées au renvoi de rattachements. D'une part, la conception du droit international privé français quant aux règles désignées par la règle de conflit française invite à accepter le renvoi de qualifications : la règle de conflit désigne l'ensemble du système juridique étranger, y compris ces règles de droit international privé, et non ses seules règles matérielles. Elle désignerait donc, également et nécessairement, les qualifications étrangères. D'autre part, il est souvent fait état de l'impossibilité morale de donner compétence à une loi qui ne se reconnaît pas elle-même compétente. Or, il paraît difficilement envisageable et justifiable de ne pas appliquer ces mêmes conceptions dans le cadre d'un renvoi de qualifications et d'y apporter une réponse différente de celle du renvoi de rattachements, à savoir son acceptation dans les mêmes limites⁶⁵⁰.

171. Solution du droit commun ? Avant toute chose, d'une manière générale, l'une des rares décisions répondant directement à cette question a été rendue par la Cour de Paris en 1952⁶⁵¹ dans une affaire où n'était pas en jeu la qualification procédurale. Une action alimentaire fut engagée contre le prétendu père français d'un enfant adultérin de nationalité italienne. Alors que le droit international privé français soumettait cette question à la catégorie des obligations alimentaires régies par la loi nationale de l'enfant, le droit italien la soumettait à la catégorie des demandes en recherche de paternité soumises à la loi nationale du père. Les juges parisiens acceptèrent alors le renvoi après en avoir soulevé l'origine dans le conflit de qualifications. Néanmoins, cette décision, pourtant citée par les quelques illustres auteurs s'intéressant à la question, n'en reste pas moins dépourvue d'une réelle autorité, ayant été rendue par des juges du fond et surtout, étant restée inédite.

Pourtant, les difficultés liées à la délimitation de la catégorie « procédure » forment un socle parfait pour la multiplication des hypothèses de conflit de qualifications et donc de renvoi de qualifications à l'image de la prescription. La Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer expressément sur une telle problématique, même si une décision, fruit d'une affaire hautement célèbre, mettait en œuvre un tel type de renvoi. Il est, d'ailleurs, intéressant de

⁶⁴⁸ LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p.260

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ À savoir, mise en œuvre de la loi d'autonomie et respect de l'esprit de la règle de conflit.

⁶⁵¹ CA Paris, 19 juillet 1952, *inédite*

constater que cette jurisprudence de la Haute Cour où était en jeu un renvoi de qualifications a été rendue, en matière de procédure. Cela démontre, si besoin en était, toute la difficulté pratique liée à la catégorie que nous étudions. Dans le premier arrêt *Mobil North Sea*⁶⁵², la Première chambre civile a eu, indirectement, à traiter du problème de renvoi de qualifications concernant la prescription, la qualification contractuelle française s'opposant à la qualification procédurale anglaise. Dans cette affaire, une plate-forme maritime avait fait naufrage en mer du Nord. Plusieurs sociétés intentèrent alors une action contre le constructeur de la plate-forme devant les juridictions françaises. Les parties avaient décidé, selon le principe de la loi d'autonomie, d'appliquer la loi anglaise à leurs relations contractuelles. La Cour d'appel, appliquant la loi anglaise ainsi désignée et considérant que les conditions du renvoi de qualifications n'étaient pas réunies⁶⁵³, a rejeté les demandes comme étant prescrites. Les sociétés demanderesse formèrent alors un pourvoi arguant du fait que la loi anglaise désignée considérerait la prescription comme une question de procédure soumise à la loi du for, c'est-à-dire qu'elle opérerait un renvoi à la législation française. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi pour un motif totalement indépendant du renvoi de qualifications : le choix de la loi applicable rendait impossible tout renvoi. Au-delà de la limitation du domaine du renvoi, cet arrêt est, comme exposé précédemment, l'un des rares exemples jurisprudentiels en matière de renvoi de qualifications marquant tout de même la réalité de l'hypothèse. En effet, ici, il n'y a pas véritablement de divergence entre les règles de conflit françaises et anglaises, hypothèse première du renvoi : le droit international privé tant français qu'anglais soumet la procédure à la loi du for et offre la loi d'autonomie comme solution au conflit de lois en matière contractuelle. Le conflit de systèmes ici évoqué résultait, en fait, d'un conflit de qualifications qui entraînait, par la suite, une divergence de facteur de rattachement créant, ainsi, une hypothèse de renvoi. Si la limitation du domaine de celui-ci opéré par la Cour de cassation nous semble devoir être approuvée, il peut être déploré qu'elle occulte la résolution du problème qui nous occupe ici. En effet, la cour ne l'admet ni ne le réfute explicitement, les deux thèses pouvant trouver des arguments dans les motifs des juges suprêmes.

⁶⁵² Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997, *Société Mobil North Sea et autres contre Compagnie Française d'Entreprises Métalliques*, Bull. civ. I, n°84, JDI, 1997, p.789, note M. Santa-Croce ; RCDIP, 1997, p.702, note B. Ancel.

⁶⁵³ La Cour d'appel semble ainsi, conformément à sa jurisprudence antérieure, l'accepter dans son principe en le soumettant aux conditions de certitude de la qualification étrangère et du respect de la finalité de la règle de conflit. Voir CA Paris, 1^{ère} ch., 3 mars 1994, JCP G., 1995, II, 22367, note H. Muir Watt ; D. Somm., 1994, p.355, note B. Audit ; RCDIP, 1994, p.533, note B. Ancel ; JDI, 1995, p.607, note G. Légier.

Le rejet d'une telle possibilité par la Cour de cassation résulterait, selon Messieurs les Professeurs Bertrand Ancel⁶⁵⁴ et Éric Agostini⁶⁵⁵, de la réaffirmation de la qualification *lege fori* dans la seconde partie de l'attendu⁶⁵⁶ qui pourrait induire le refus du renvoi. En effet, pour ces auteurs, la qualification *lege fori* paraît incompatible avec l'acceptation d'un renvoi de qualifications puisque par définition, il s'agirait d'accepter la qualification opérée par le système juridique étranger. Par ailleurs, cette absence de clarté et l'absence de réponse à la question, pourtant posée, de l'éventuel renvoi opéré par la divergence de qualifications invitent au doute. Madame Santa-Croce le regrette dans sa note au *Clunet*⁶⁵⁷.

Cette dernière et Monsieur le Professeur Ancel, après avoir relevé ces difficultés qui empêchent d'apporter une réponse catégorique, voient toutefois et approuvent, dans cet arrêt, la consécration implicite de l'acceptation du renvoi de qualifications. En effet, la tournure générale de l'attendu de la Cour de cassation qui parle de « *tout renvoi* » tend à démontrer son assimilation au renvoi de rattachements. Par ailleurs, il est possible de relever que si la Cour de cassation excluait purement et simplement celui-ci, son raisonnement aurait pu reposer sur l'unique principe de la qualification *lege fori*. Il n'aurait pas nécessité de faire appel à la règle de l'exclusion du renvoi en cas de loi d'autonomie.

Il pourrait être objecté que la prescription fait aujourd'hui l'objet d'une qualification unifiée dans l'Union européenne et que tout problème est donc, de fait, écarté⁶⁵⁸. Ce serait alors nier l'existence d'autres hypothèses de divergences de qualifications entre États membres telles que, nous le verrons, les intérêts moratoires entre la France et la Belgique⁶⁵⁹. Devant les incertitudes du droit commun et les dangers, vis-à-vis de la sécurité juridique que cela entraîne, le problème du renvoi de qualifications semble donc bien constituer un risque d'écueil dans le cadre de l'Union européenne.

Ces difficultés de qualifications et, notamment, les divergences de point de vue selon les États sont également problématiques lorsqu'il ne s'agit pas de connaître d'une affaire directement, mais, lorsqu'il est question de recevoir un jugement rendu par un juge étranger afin qu'il produise des effets sur le territoire.

⁶⁵⁴ ANCEL (B.), note *RCDIP*, 1997, p.702 et s.

⁶⁵⁵ AGOSTINI (E.), « Renvoyer, choisir, qualifier », *D.*, 1998, p.406

⁶⁵⁶ « Mais attendu que la cour d'appel a justement retenu que la mise en œuvre de la loi d'autonomie de la volonté est exclusive de tout renvoi ; qu'elle a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision de soumettre au droit anglais désigné par les parties la prescription extinctive de l'action fondée sur le contrat, une telle action étant régie, selon la qualification française du for, par la loi applicable au contrat ».

⁶⁵⁷ SANTA-CROCE (M.), note *JDI*, 1997, p.789

⁶⁵⁸ Cf. *infra*, Section 2, §1, B, 2, a

⁶⁵⁹ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2

C. Procédure et conditions de reconnaissance et d'*exequatur*

172. Le contrôle de la loi appliquée. L'arrêt *Münzer* de 1964⁶⁶⁰ établissait, à l'origine, cinq conditions pour accorder *l'exequatur* : la compétence du juge étranger, l'absence de fraude, la compétence de la loi appliquée, la régularité de la procédure suivie, et enfin, le respect de l'ordre public. Jusqu'à très récemment en droit français⁶⁶¹, les difficultés liées à la définition de la catégorie pouvaient entraîner des problèmes dans le cadre du critère de la compétence de la loi applicable.

Le contrôle de la loi appliquée comme condition de *l'exequatur* constituait une résurgence de l'ancien pouvoir de révision accordé aux juges. Il consistait en une vérification de ce que la loi appliquée par le juge étranger était bien la loi applicable. Cette compétence était alors analysée en vertu des règles de conflit de lois françaises. Or, les divergences de qualifications, divergences qui peuvent être légion concernant la procédure, peuvent, comme il a été vu précédemment, aboutir à des divergences de règles de conflit. Si ces dernières se traduisent par une hypothèse de renvoi de qualifications lors d'une instance directe, elles deviennent des divergences de lois applicables lors d'une instance en *exequatur*. C'est précisément l'absence de divergence entre les lois appliquées et applicables qui étaient, selon ce critère, contrôlée. Les difficultés de délimitation de la catégorie entraînaient donc bien, tout du moins dans le passé, des difficultés quant à *l'exequatur*.

173. L'ordre public procédural. La régularité de la procédure suivie était également l'une des conditions originaires en droit commun. Celle-ci fut rapidement abandonnée, par un arrêt *Bachir*⁶⁶² de 1967, pour être rattachée à l'ordre public dans son volet procédural. Il s'agit alors de protéger les principes procéduraux essentiels tels que les droits de la défense. Dans le cadre de ce contrôle, ce n'est cependant pas tant la délimitation de la catégorie qui est en jeu. Ce sont les règles matérielles de procédure elles-mêmes⁶⁶³. Au demeurant, ces questions font déjà aujourd'hui l'objet d'une attention particulière dans le cadre, dépassant celui de l'Union européenne, de la Convention européenne des droits de l'Homme en son article 6.

⁶⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 janvier 1964, *Bull. civ. I*, n° 15, *RCDIP* 1964, p.344, note Batiffol ; *Clunet* 1964, p.302, note Goldman ; *JCP* 1964, II, n° 13590, note M. Ancel.

⁶⁶¹ Sur l'arrêt *Cornelissen* (Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 68, *RCDIP*, 2007, p.420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI*, 2007, p.1195, note F.-X. Train ; *D.*, 2007, p.115, note L. d'Avout et S. Bollée ; « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte [le "grand arrêt" *Cornelissen* du 20 février 2007] », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 123, doct. p.1387, note M.-L. Niboyet), et l'abandon du critère en droit commun, voir *infra*, Section 2, §2, B.

⁶⁶² Cass. 1^{ère} civ., 4 octobre 1967

⁶⁶³ Sur ces règles, cf. *infra*, Partie 2

D. Le risque de *forum shopping*

174. Définition. Le *forum shopping* est défini comme la « possibilité qu’offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts »⁶⁶⁴. Cette expression n’a pas d’équivalent en français. Le terme *forum* désigne, en latin, le tribunal alors que le terme *shopping* désigne, en anglais, les achats renvoyant ainsi à l’idée de choix. Malgré l’opinion de certains auteurs⁶⁶⁵, il ne semble pas qu’il doive se confondre avec la fraude en ce qu’il n’y a pas de manipulation de la situation dans le seul but de se soustraire au tribunal normalement compétent. Même s’il s’en rapproche quelquefois, il y a seulement choix, par le plaideur, d’un tribunal compétent parmi les divers chefs de compétence proposés au demandeur en raison de la situation et de la multiplicité des règles de conflit de juridictions qui peut en découler. Un auteur a ainsi pu écrire que « le forum shopping constitue en réalité une utilisation volontariste des règles de compétence [...] et la réponse naturelle des acteurs économiques aux différences de législations »⁶⁶⁶. Dans sa très célèbre communication devant le Comité français de droit international privé⁶⁶⁷, Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières distinguait ainsi le *forum shopping malus* du *forum shopping bonus*, le premier étant illicite et sanctionné via la théorie de l’abus de droit⁶⁶⁸ et le second licite.

175. Forum shopping et procédure. Les développements substantiels de Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières dans sa communication⁶⁶⁹ et d’Andrew Bell dans son ouvrage consacré au *forum shopping*⁶⁷⁰ témoignent de façon très significative de ce que la procédure peut être une réelle motivation dans le cadre du développement de ce phénomène. Plus encore, ils démontrent tous deux que divergences procédurales ou délimitation de la catégorie sont autant de raisons encourageant le *forum shopping* ou, tout du moins, guidant le

⁶⁶⁴ V^o *forum*, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.475

⁶⁶⁵ FLECHEUX (G.) et HAUTOT (I.), « Le forum shopping », *DPCI*, 1988, p.389 : « Le forum shopping dans son acception internationaliste n’est pas le choix d’un for, mais l’éviction du for normalement ou naturellement compétent. C’est une fraude. »

⁶⁶⁶ VALLENS (J.-L.), « Forum shopping », *Cahiers de Droit de l’Entreprise*, Septembre-Octobre 2009, Dossier 30, p.52 ; voir aussi Lord Justice Simon of Glaisdale in *The AtlanticStar* [1974] AC 436 at 471 : « “Forum shopping” is a dirty word, but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdiction, he will naturally choose the one in which he thinks his case can most favorably be presented : this should be a matter neither for surprise nor for indignation. »

⁶⁶⁷ VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP*, 1998-1999, p.49

⁶⁶⁸ Pour le rejet de la qualification de fraude, voir CORNUT (E.), *Théorie critique de la fraude à la loi – Étude de droit international privé de la famille*, Préface de H. Fulchiron, Defrénois, 2006, p.212

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p.52

⁶⁷⁰ BELL (A.), *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford University Press, 2003

choix des plaideurs pour l'une ou l'autre des juridictions, dont la compétence s'offre à eux. Certains auteurs parlent même de la procédure comme « *le dernier bastion du forum shopping* »⁶⁷¹.

Les divergences procédurales au fond, et le lien étroit entre procédure et compétence juridictionnelle du fait de la règle de conflit⁶⁷², conduisent évidemment à guider le demandeur lorsqu'une option de compétence se présente à lui. En effet, la définition donnée au *forum shopping* par l'avocat général Colomer dans ses conclusions à propos de l'arrêt *Groupe Concorde*⁶⁷³ relève cette possibilité de *forum shopping* procédural puisqu'il parle de « *choix d'un for en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué* »⁶⁷⁴. Les règles de procédure étant, parfois, très différentes d'un État à un autre, un requérant sera amené à préférer les juridictions d'un État où elles lui seraient plus favorables. L'exemple de l'office du juge dans le traitement de la règle de conflit et de la loi étrangère est, à cet égard, topique⁶⁷⁵. Seront alors privilégiées les juridictions de l'État dans lequel le litigant aura une charge moindre quant à la mise en œuvre de la règle de conflit et l'établissement du contenu du droit étranger. Or, des divergences sur ce point conduisent nécessairement à une concurrence entre les ordres juridictionnels et au *forum shopping*.

Au-delà, le *forum shopping* peut également résulter des divergences de délimitations de la catégorie « procédure ». Andrew Bell relève alors que « *plus l'interprétation que les tribunaux font des matières comme devant être classifiées comme procédurales est large, plus la possibilité de forum shopping sera large* »⁶⁷⁶. Ainsi, plus la catégorie « procédure » sera vaste, plus les risques de développement du *forum shopping* seront élevés. Afin d'illustrer son

⁶⁷¹ WALKER (J.), « The utility of the ALI/UNIDROIT project on principles and rules of transnational civil procedure », *Rev. dr. unif.*, 2001, p.803, spéc. p.812 : « *Accordingly, procedural may be aptly described as the last bastion of forum shopping* ».

⁶⁷² PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 298, 1999, n°1, p.2

⁶⁷³ CJCE, Affaire C-440/97, 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde e.a. contre Capitaine commandant le navire « Suhadiwarno Panjan » e.a.*, Recueil 1999 page I-06307, , Conclusions Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. I-06314, note 11

⁶⁷⁵ Voir le compte-rendu du GEDIP (Groupe Européen de Droit International Privé), séance de Copenhague, 17-19 septembre 2010, disponible sur <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-20-fr.htm> : « *D'autres travaux ont conduit au rapport dit de Valence et aux principes directeurs de Madrid. Ils opèrent une classification des questions, en distinguant l'applicabilité d'office de la loi étrangère, la preuve de son contenu, les conséquences d'une absence de preuve et les voies de recours ouvertes en cas de méconnaissance du droit étranger. Ils montrent également que la disparité actuelle compromet la voie en cours de l'harmonisation du droit international privé et suggèrent la nécessité, à la fois de l'adoption d'un acte européen de portée générale et d'une activation du réseau judiciaire européen.* »

⁶⁷⁶ BELL (A.), *op. cit.*, p.26 : « *the broader the interpretation which courts place upon what matters are to be classified as procedural, the greater will be the scope for forum shopping* »

propos, l'auteur prend l'exemple de la célèbre affaire australienne *Stevens v. Head*⁶⁷⁷. Un Néo-Zélandais y était blessé lors d'un séjour en Australie. Or, la ville où s'est produit l'accident était à la frontière entre deux États australiens. Le plaignant amena l'affaire devant le juge de l'État où se concentraient ses activités bien qu'il résidait dans l'État voisin. La *lex loci delicti* désignait alors la loi de cet autre État comme étant applicable. La question se posa par la suite de savoir quelle était la qualification de la limitation de la réparation pour dommage économique contenue dans cette même loi. Loin d'être unanimes⁶⁷⁸, les juges australiens ont tranché en faveur de la qualification procédurale soumettant ce problème à la loi du for. Or, les opinions dissidentes reprochent justement à cette qualification d'encourager le *forum shopping*. Mason C.J. déclarait, alors, qu'il ne s'agissait « rien de moins qu'une invitation aux forum shoppers australiens »⁶⁷⁹.

176. Conclusion de la section. Ainsi, de nombreuses incertitudes dans la délimitation de la catégorie « procédure » en droit international privé commun, dues à des difficultés de définition et de distinction d'avec d'autres notions – à savoir la compétence et le droit substantiel –, font naître de sérieux flottements quant à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois préalablement établie. Ces difficultés pourraient, sans intervention de la part des autorités européennes, ressurgir dans le cadre de l'Union. Que ce soit dans l'instance directe ou non, l'absence de consensus sur la définition de la catégorie pourrait donc, ou a pu être – le contrôle de loi applicable ayant disparu depuis la Convention de Bruxelles de 1968 –, source de difficultés dans l'Union européenne. Son objectif est, pourtant, de faciliter la résolution des litiges transfrontaliers. Elle a donc dû agir pour remédier à ces diverses difficultés.

⁶⁷⁷ (1993) 67 A.L.J.R. 343

⁶⁷⁸ La solution n'a été obtenue que par quatre voix contre trois.

⁶⁷⁹ (1993) 67 A.L.J.R. 343 at 352 : « *nothing less than an invitation to Australian forum shoppers* ». Voir aussi Deane J. at 358.

SECTION 2 : LA RESOLUTION DES DIFFICULTES LIEES A LA METHODE CONFLICTUELLE

177. Action principale et subsidiaire. Les unes étant liées aux autres, la résolution, par l'Union européenne, des difficultés catégorielles permet nécessairement de résoudre, par voie de conséquences, les difficultés méthodologiques. L'action principale de l'Union européenne en matière de procédure nous semble ainsi constituée par l'intervention sur l'origine des difficultés et donc la résolution de certaines incertitudes relatives à la délimitation de la catégorie « procédure » (§1). Néanmoins, certaines difficultés méthodologiques, pas exclusivement liées à la procédure, ont également trouvé une solution dans le droit européen ce qui, tout du moins en matière de procédure, constitue, selon nous, l'action subsidiaire de l'Union européenne (§2).

§1 : L'ACTION PRINCIPALE SUR L'ORIGINE : LA RESOLUTION EUROPEENNE DE DIFFICULTES CATEGORIELLES

178. L'utilisation de plusieurs méthodes. Face aux difficultés exposées, l'Union européenne est déjà, en grande partie, intervenue et a résolu plusieurs des inconvénients que nous venons d'exposer (B). Ces solutions proposées par l'instance européenne sont le résultat de plusieurs méthodes du droit international privé (A).

A. Les méthodes utilisées pour résoudre les difficultés catégorielles

179. L'immixtion de la méthode des règles matérielles. La méthode principalement utilisée est l'unification de la catégorie au niveau européen (I). Cependant, bien qu'évidente, cette méthode n'est pas systématique et, déjà, l'uniformisation des règles matérielles de procédure semble être une méthode alternative adéquate dans le cadre de l'action de l'Union européenne (2).

1. L'unification catégorielle européenne

180. Une méthode évidente : l'unification européenne de la catégorie. Pour pallier les nombreuses difficultés de délimitation de la catégorie, il apparaît évident que l'établissement, par l'Union européenne, d'une solution stricte de qualification, d'une unification des différentes catégories en présence, est la réponse la plus aisée. Nécessairement, fixer la soumission d'une question à la *lex fori* en tant que loi procédurale ou

à la *lex causae*, permet de remédier, en droit positif, aux difficultés catégorielles⁶⁸⁰ et d'annihiler par la même occasion certaines difficultés méthodologiques qui en découlent⁶⁸¹. Ainsi, sans poser de définition générale, est établie une liste de questions soumises ou non à la *lex causae*. L'approche est donc pragmatique et « axée sur les résultats »⁶⁸². En effet, afin d'assurer une unité d'application, le règlement européen écarte les qualifications propres à chaque État membre et semble préférer une définition stricte de la catégorie « procédure » en élargissant le domaine de la *lex causae*⁶⁸³.

En droit européen, la méthode peut passer, outre les dispositions expressément prévues dans les règlements qui listent les questions ressortissant au domaine d'application de la règle de conflit édictée, par la technique des qualifications autonomes⁶⁸⁴. L'Union européenne, afin de se départir des hétérogénéités qui peuvent exister entre les États membres, et qui pourraient nuire au rapprochement créé par les instruments européens, pose ses propres définitions et qualifications indépendantes du droit interne de chaque État membre. Partant, elle garantit une interprétation minimale commune des instruments qu'elle édicte, et évite, au maximum, les divergences de qualifications et leurs conséquences.

181. La mise en œuvre partielle de la thèse de Rabel. À mieux y regarder, il s'agit en réalité de la mise en œuvre, à une échelle régionale, et dans une certaine mesure, de la thèse du juriste Ernst Rabel. En effet, pour supprimer toute difficulté liée à la délicate étape de la qualification, celui-ci préconisait, dans un très célèbre article⁶⁸⁵ la création de catégories

⁶⁸⁰ Il n'est, cependant, jamais expressément fait référence aux qualifications, mais leur inclusion ou non dans le domaine de la *lex causae* ne laisse aucune place au doute. En ce sens, voir SCHOEMAN (E.), « Rome II and the substance-procedure dichotomy : crossing the Rubicon », *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, 2010, p.81, spéc. p. 83 ; ou encore, GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, n°3.08, p.52 ; et BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), Tome II – Partie Spéciale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°620-45, p.34.

⁶⁸¹ À savoir, conflit de catégories, conflit de qualifications, voire renvoi de qualifications. Voir *supra*, Section 1, §2.

⁶⁸² L'expression est d'Elsabe Shoeman (« *result-focused* »). Article précité, p.86

⁶⁸³ En ce sens, voir l'article d'Elsabe Schoeman précité. L'auteur justifie cette position européenne par les particularités procédurales qui entraînaient une absence de réelle uniformité des solutions.

Il est également possible de noter que la liste établie s'approche plus de la conception civiliste de la procédure que de la conception anglo-saxonne. En ce sens, Martin Illmer note que « *the extensive realm of the lex causae set out in the lists in the Regulations follows the approach of most civil law systems whereas it confronts the English private international lawyer with some radical changes* » (ILLMER (M.), « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237, spéc. p.242).

⁶⁸⁴ L'usage de ces deux procédés, liste énumérative et définition générale, aurait même l'avantage, selon Madame le Professeur Parrot, « *de réaliser un compromis entre les différentes manières d'écrire le droit* » permettant ainsi une conciliation plus aisée (PARROT [K.], *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Préface de P. Lagarde, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 58, 2006, no 307, p.213).

⁶⁸⁵ RABEL (E.), « Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p.1

communes à tous les États⁶⁸⁶. Ces catégories uniformes devraient, selon l’auteur, être le résultat d’une étude de droit comparé d’ampleur. Leur caractère vaste permettrait, alors, de classer toute institution de droit de quelque pays que ce soit et, surtout, de pallier tout inconvénient lié aux divergences de qualification. Bien que qualifiée de « séduisante »⁶⁸⁷, la proposition de Rabel n’en reste pas moins, à une échelle mondiale, « utopique »⁶⁸⁸. Elle souffre d’évidentes délicatesses dans sa mise en œuvre en ce qu’il semble impossible de mener à bien une étude comparatiste généralisée et d’unifier les points de vue des pays du monde entier.

Néanmoins, il apparaît tout à fait envisageable de recourir à cette méthode à un niveau moindre, un niveau régional, d’autant plus dans le cadre d’une organisation régionale institutionnalisée⁶⁸⁹. Cette dernière offrirait, effectivement, le cadre permettant cette uniformisation, mais également, et surtout, la sanction de celle-ci. C’est ainsi que, comme la note Monsieur le Professeur Ancel, « *c’est le procédé que mettent en œuvre toutes les conventions qui prennent soin de définir les termes employés par elles, et cela soit de manière exhaustive, soit encore par élimination de certaines matières* »⁶⁹⁰ y compris, et surtout, l’Union européenne agissant en droit international privé⁶⁹¹.

Il est toutefois nécessaire de nuancer notre propos, et de relever qu’il ne s’agit pas de la pure et simple application de la théorie de Rabel. En effet, si le droit comparé joue un rôle essentiel dans la définition des catégories de droit international privé européen, comme dans l’ensemble du droit européen⁶⁹², d’autres éléments sont pris en compte, et notamment le

⁶⁸⁶ Ibid. : « En ce qui concerne d’abord le droit international privé désirable, de l’avenir, il ne devra pas être une législation déterminée où l’on devra puiser la définition des notions employées par la règle de conflit, mais il faudra au contraire former des notions spéciales qui ne sont identiques ni avec les notions du droit interne du juge saisi, ni avec les notions d’un droit interne quelconque. [...] Au contraire, il faut s’inspirer des résultats du droit comparé qui nous ont révélé que, malgré les grandes diversités, les institutions des pays civilisés se rassemblent assez pour permettre de créer des notions plus abstraites valables pour tous les droits nationaux. »

⁶⁸⁷ MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2010, n° 161, p.126

⁶⁸⁸ L’expression d’utopie revient régulièrement dans les écrits doctrinaux. Voir, par exemple, BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°389, p.458 ; ou encore, LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, n°265, p.256.

⁶⁸⁹ En ce sens, voir, par exemple, BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, Tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, p.485.

⁶⁹⁰ ANCEL (B.), « La qualification », Rép. Internat. Dalloz, 1998, n° 65.

⁶⁹¹ Voir, en ce sens, BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *op. cit.*, n° 398, p.468 et spéc. p.469.

⁶⁹² LENAERTS (K.), « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, p.487 ; PESCATORE (P.), « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, p.337.

respect de la finalité des traités⁶⁹³. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit de créer des catégories unifiées. Cette méthode permet, par suite, d'appliquer de manière uniforme une même règle de conflit, celle-ci restant nécessaire. Par ailleurs, l'Union européenne développe, une méthode matérialiste afin de pallier certains des obstacles rencontrés.

2. L'adoption de règles matérielles de procédure⁶⁹⁴

182. L'intérêt de la méthode matérielle. L'usage partiel de la méthode des règles matérielles pour résoudre les difficultés catégorielles est, pour le moins, radical. En réalité, plutôt que d'apporter véritablement une solution aux problèmes soulevés, elle les annihile. En effet, supprimer les divergences de législation, aussi infimes soient-elles, entre les divers États membres conduit inéluctablement à écarter le conflit de lois et, par voie de conséquence, les difficultés liées à la qualification en droit international privé. En définitive, on se retrouve dans une situation analogue à celle que l'on rencontre en droit interne où l'étape préalable de la qualification, telle qu'on l'entend en droit international privé, est inutile : pourquoi classer le problème dans une catégorie puisqu'en tout état de cause cette règle, identique dans tous les États membres, s'appliquera ?

183. La place de la méthode matérielle en droit international privé européen. L'utilisation, ponctuelle, de cette démarche pour résoudre des difficultés catégorielles démontre, d'ores et déjà, la place de la méthode des règles matérielles dans le droit international privé européen. Malgré une volonté de conserver les particularismes⁶⁹⁵, l'Union européenne tend en effet à développer l'unification, par des règles matérielles, des dispositions procédurales dont la qualification peut s'avérer délicate.

Toutefois, le recours à cette méthode est, à cette étape, relativement ponctuel, et peut se justifier par d'autres considérations que la simple difficulté catégorielle telle que l'harmonisation de l'application d'une règle européenne. Il n'en reste pas moins qu'elle est

⁶⁹³ AUDIT (M.), « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, p.789, spéc. n°30, p.802 : « Afin d'élaborer ces définitions, le juge communautaire fait en principe appel au droit comparé. Une étude de la notion au sein des différents systèmes juridiques des États membres est traditionnellement opérée. Mais il apparaît que la Cour s'estime de moins en moins liée par cette référence. Il existe en effet un mouvement au sein de la jurisprudence communautaire tendant à se départir de toute considération relative aux lois nationales et, en particulier, de toute recherche d'un dénominateur commun entre celles-ci. Sont ainsi apparues des références au droit savant. Surtout, de plus en plus fréquemment, la juridiction européenne se tourne vers le système communautaire lui-même. La définition de certaines notions autonomes propres à la Convention de Bruxelles s'appuie en effet sur l'utilisation du même concept par des textes de droit communautaire matériel ».

⁶⁹⁴ Sur le traitement matériel de la procédure, cf. *infra*, Partie 2

⁶⁹⁵ En ce sens, voir la proposition de règlement du Parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») – COM (2003) 427 final précédemment citée, Titre 1.

une réponse, associée à l'unification catégorielle, à certaines des difficultés – principalement celles liées à la compétence – qui ont pu être soulevées par la doctrine relativement à la question du domaine de la *lex fori*.

B. L'exposé des solutions apportées par l'Union européenne

184. L'utilisation de ces méthodes. Que ce soit pour remédier aux inconvénients liés à la compétence juridictionnelle (1) ou au droit substantiel (2), l'Union européenne a usé de ces diverses méthodes afin de faciliter le règlement des litiges transfrontaliers dans son champ d'action.

1. *Les solutions apportées dans la distinction entre procédure et compétence juridictionnelle en cas de conflit de procédures*

185. Des solutions distinctes selon l'origine de la règle. Deux types de règles concernant les conflits de procédures et naviguant à la frontière entre compétence et procédure peuvent être relevés et ont été traités par l'Union européenne. Les premières sont connues des pays de *Common Law* (a) alors que les secondes connaissent un rayonnement plus continental (b). C'est ici que la méthode matérielle aura toute sa place, car les difficultés ne viennent pas tant d'une absence de définition de la nature des dispositions en cause que de la grande influence qu'ont les règles procédurales sur les règles de compétence.

a. Les méthodes anglo-saxonnes

186. Définitions. Dans les pays de *Common Law*, les méthodes de gestion des conflits de compétences sont au nombre de deux : le *forum non conveniens* et l'*anti-suit injunction*. De façon assez générale, il s'agit de règles permettant de suspendre les poursuites devant la juridiction du for ou d'enjoindre l'abandon de celles entreprises – ou en voie d'être entreprises – devant la juridiction étrangère afin d'enrayer un conflit de procédures ou, plus largement, un risque de conflit de procédures.

Le premier type de ces actes pratiqués au niveau des conflits internationaux est le *forum non conveniens*. L'expression signifie littéralement « *le tribunal qui ne convient pas* »⁶⁹⁶. Décliné sous plusieurs formes (exception ou exigence⁶⁹⁷), il s'agit d'une déclaration

⁶⁹⁶ ROLAND (H.), *Lexique juridique – Expressions latines*, Litec, 5^{ème} éd., 2010, p.117

⁶⁹⁷ Pour plus de développements sur la théorie du *forum non conveniens* et notamment ces diverses modalités d'application, cf. USUNIER (L.), *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préface de H. Muir Watt, Economica, 2008

d'incompétence délivrée par la juridiction normalement compétente. Elle est destinée à suspendre la procédure pendante devant elle au profit d'une autre juridiction considérée comme mieux à même de connaître de l'affaire compte tenu des liens qu'elle entretient avec elle.

La seconde variété est *l'anti-suit injunction* ou injonction de ne pas poursuivre. Dans ce cas, l'injonction, toujours délivrée par la juridiction normalement compétente, interdit aux plaideurs de saisir une autre juridiction sous peine de sanctions⁶⁹⁸. Elle est délivrée lorsque la juridiction saisie se considère comme la mieux placée pour statuer sur le litige, et ce, en dehors de toute autre juridiction, en raison des liens étroits qu'elle a avec l'affaire.

187. Nature des règles. La première difficulté apparaît dans la nature même de ces règles : le *forum non conveniens* et *l'anti-suit injunction* sont-ils des instruments procéduraux ? La question peut sembler surprenante, mais elle fait l'objet d'un débat qui montre d'ores et déjà l'existence d'une difficulté dans la ligne de partage entre procédure et compétence malgré l'application du critère chronologique. Indéniablement, il s'agit, pour le juriste anglo-saxon, d'une règle procédurale⁶⁹⁹. Toutefois, la doctrine s'interroge ainsi sur la qualification à retenir⁷⁰⁰.

Par ailleurs, cette incertitude apparaît régulièrement dans les conclusions des avocats généraux ou même les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne s'agissant d'affaires se rapportant à de telles règles. Ainsi, sans développement particulier à ce propos, il est possible de lire au point 260 des conclusions de Monsieur Philippe Léger dans le cadre de l'affaire *Owusu*⁷⁰¹, que les arguments qui suivent sont valables « à supposer que la théorie du *forum non conveniens* constitue une règle de nature procédurale » ou encore, au point 261, de « cette éventuelle règle procédurale ». La formule est reprise au point 29 de l'arrêt *Turner*⁷⁰² concernant *l'anti-suit injunction* puisqu'il y est précisé « à supposer qu'une injonction puisse, ainsi qu'il l'a été soutenu, être considérée comme une mesure de nature procédurale ».

⁶⁹⁸ Sanctions pouvant être lourdes : *contempt of court*, amendes, emprisonnement ou encore, perte du droit de se défendre en justice.

⁶⁹⁹ En ce sens, voir THERY (Ph.), « Consécration d'une action déclaratoire en matière de compétence internationale », *RTD Civ.*, 2012, p.367 : « Or, le *forum non conveniens* constitue pour le juge américain une règle de procédure ».

⁷⁰⁰ NIBOYET (M.-L.), « 2005 : la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Droit & Patrimoine*, février 2006, n°145, p.110, spéc. p.114

⁷⁰¹ CJCE, Affaire C-281/02, 1^{er} mars 2005, *Owusu c. Jackson e.a.*, Recueil 2005 page I-01383, Conclusions Philippe Léger.

⁷⁰² CJCE, Affaire C-159/02, 27 avril 2004, *Gregory Paul Turner c/Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd et Changepoint SA*, Recueil 2004 page I-03565, Conclusions Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer.

Cette difficulté tient au fait que ces règles agissent directement et exclusivement sur la compétence des tribunaux à traiter ou non de l'affaire. Il s'agirait donc, non pas d'une règle de procédure à proprement parler, mais d'une règle de gestion et de répartition des compétences juridictionnelles. En appliquant le critère chronologique auparavant découvert, il est aisé de s'apercevoir que des difficultés existent toujours concernant ces règles particulières : la compétence est établie en premier (elle amène le tribunal qui va prendre cet acte de répartition des compétences à être saisi) ; puis, une règle postérieure, donc normalement procédurale, vient jouer sur cette compétence en la rejetant dans un cas ou en la consolidant dans l'autre. On est bien ici à la frontière, frontière floue, entre compétence et procédure qui, par « *le rattachement de la procédure à la lex fori permet un contournement des règles de compétence qui conduit en pratique à des situations plus ou moins inextricables* »⁷⁰³.

188. Résolution matérielle de la difficulté. Pour pallier ces difficultés liées aux règles anglo-saxonnes, l'Union européenne a, dans les arrêts *Owusu* et *Turner* précités, estimé que ces règles procédurales ne devaient pas « *porter atteinte à l'effet utile de la convention* »⁷⁰⁴. Tout en reconnaissant l'applicabilité de principe de la loi du for à ces questions en tant que loi procédurale, elle a créé une hiérarchie entre les règles de compétence et ces règles – potentiellement procédurales – de gestion des compétences, les premières primant les secondes. Ce faisant, elle a tout simplement annihilé, par des règles matérielles négatives⁷⁰⁵, toute possibilité d'application de ces instruments lors de la mise en œuvre des règlements et, plus généralement, des règles de compétence internationale. Elle a neutralisé des règles de procédure influant sur des règles de compétence.

Dans le cadre du règlement Bruxelles II bis⁷⁰⁶, la solution est, cependant, à nuancer, car l'Union européenne a, toujours par la méthode matérielle, adopté en son article 15 une règle procédurale unifiée se rapprochant du *forum non conveniens*⁷⁰⁷. Cette réponse est encore plus flagrante lorsqu'il s'agit des méthodes continentales.

⁷⁰³ THERY (Ph.), « La compétence », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.45, spéc. p.53.

⁷⁰⁴ Arrêt *Turner* précité, point 29

⁷⁰⁵ Sur le règlement matériel des conflits de procédure, cf. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, E.

⁷⁰⁶ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000, JOCE L338 du 23 décembre 2003

⁷⁰⁷ « Article 15 — Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire »

b. Les méthodes continentales

189. Définitions. Dans le droit continental, la gestion des compétences est régie par deux instruments permettant de traiter les conflits de procédures. Contrairement aux précédentes, ils ont été adoptés par l'Union européenne⁷⁰⁸.

La litispendance est une situation provenant de la saisine concomitante de deux juridictions également compétentes pour connaître d'une même affaire⁷⁰⁹.

La connexité, quant à elle, apparaît quand deux affaires sont pendantes devant deux juridictions compétentes et, sans être identiques, ont un lien tel que les juger séparément créerait le risque de voir rendues deux décisions inconciliables.

190. Nature des règles. Tout comme pour les procédés anglo-saxons, la nature de ces règles peut être discutée même si elle ne semble pas faire l'objet de débats.

Elles sont, en règle générale, traitées comme des questions de procédure à proprement parler. Mais, tout comme le *forum non conveniens* et l'*anti-suit injunction*, elles agissent exclusivement sur la compétence juridictionnelle en permettant de réunir devant une seule et même juridiction des affaires, identiques ou non, originairement pendantes devant plusieurs juges. Preuve en est la place assignée à ces questions dans la législation européenne. En effet, leur inclusion dans des règlements relatifs à la compétence laisse planer un doute sur la qualification à apporter à la litispendance et la connexité et, au-delà, crée des difficultés de délimitation entre procédure et compétence.

De la même façon, l'application du critère chronologique ne permet pas de classer ces règles dans l'un ou l'autre des concepts puisqu'elles arrivent après que la compétence est établie – donc, il s'agirait d'une règle procédurale –, mais ont un effet sur cette même compétence. C'est d'ailleurs en cela qu'il y a interdépendance des deux questions. Il y a donc bien liens indéfectibles entre compétence et procédure lorsqu'il est question de litispendance, observation pouvant être étendue à la connexité.

1. À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant : a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5. »

Une règle similaire est posée dans le règlement sur les successions. Cf. infra, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, E.

⁷⁰⁸ Chapitre 2, Section 9 du règlement Bruxelles I précité ; Chapitre 2, Section 3, Article 19 du règlement Bruxelles II bis précité

⁷⁰⁹ On entend par « même affaire » une triple identité : parties, cause et objet (articles 1351 du Code civil, 27 du règlement Bruxelles I et 19 du règlement Bruxelles II Bis).

191. Résolution mixte ou successive des difficultés. Pour mettre fin à ces intrications, l'Union européenne utilise – ou a utilisé – deux méthodes distinctes. Dans un premier temps, elle a délimité précisément les contours de ce qui est, ou non, soumis au règlement et à la loi procédurale. En effet, dans l'arrêt *Zelger*⁷¹⁰, il a été décidé que, si étaient régies par la Convention de Bruxelles de 1968 les questions de définition et de conséquences, les modalités d'application et les définitions des conditions d'exercice – en particulier la détermination de la date de la saisine – étaient des questions procédurales régies par la loi du for⁷¹¹. Dans un second temps, elle a mis en place certaines règles matérielles unifiées telles que les conséquences et la définition de la litispendance ou de la connexité⁷¹², ou encore, la détermination de la date de la saisine des juridictions en cause⁷¹³.

On peut alors y voir une succession dans le temps des deux méthodes de résolution des difficultés exposées. Il serait aussi possible de considérer qu'il existe une certaine coexistence de ces méthodes. En effet, si aujourd'hui, la question au centre de l'arrêt *Zelger* est résolue par des règles matérielles, la totalité des problématiques ne semble pas réglée⁷¹⁴. Aussi, le renvoi à la loi du for en tant que loi procédurale paraît toujours pertinent. Le développement des règles matérielles relatives à ces notions réduit donc considérablement le champ de la *lex fori*⁷¹⁵, mais ne l'anéantit pas pour autant.

Au-delà de la distinction entre procédure et compétence, l'Union européenne a dû examiner la question de la délimitation de la catégorie « procédure » par rapport au droit substantiel.

2. Les solutions apportées dans la distinction entre procédure et droit substantiel

192. Trois questions résolues. Si certains aspects procéduraux ont été mis en évidence comme étant intimement liés à la compétence, il en va de même lorsqu'il s'agit de dissocier procédure et fond. Trois éléments, souvent relevés par la doctrine, peuvent

⁷¹⁰ CJCE, Affaire C-129/83, 7 juin 1984, *Siegfried Zelger c/Sebastiano Salinitri*, Recueil 1984 page I-02397, Conclusions Mancini.

⁷¹¹ Arrêt *Zelger* précité, Points 14 et 15

⁷¹² Cf. Chapitre 2, Section 9 du règlement Bruxelles I précité ; Chapitre 2, Section 3, Article 19 du règlement Bruxelles II bis précité et, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, E.

⁷¹³ L'article 30 du règlement Bruxelles I permet désormais de déterminer le moment de la saisine de la juridiction sans recours aux règles procédurales nationales. Cf. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, E

⁷¹⁴ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §, E, 2.

⁷¹⁵ Cf. *infra*, Partie 2

notamment être évoqués comme ayant trouvé, au moins partiellement⁷¹⁶, réponse dans le droit de l'Union européenne : le délai pour agir (*a*), la preuve (*b*) et la réparation (*c*).

a. Le délai pour agir

193. Le délai pour agir. La première difficulté vient du délai pour agir⁷¹⁷ en lui-même et du lien très fort qui existe entre celui-ci et le droit qui en fait l'objet⁷¹⁸. En effet, les délais sont différents en fonction du droit protégé et de la nature de celui-ci. Cette absence d'universalité (même si le délai de droit commun existe) laisse à penser que le fond a une grande influence sur le délai. Cela tendrait donc à affirmer que la prescription est une notion substantielle bien qu'elle agisse, procéduralement, sur la recevabilité de l'action en justice.

194. L'objet de la prescription : généralités. Ces difficultés quant à la nature procédurale ou substantielle de la prescription – et spécialement de la prescription extinctive – proviennent principalement des doutes quant à l'objet de l'extinction : seule l'action est-elle éteinte ou le droit protégé est-il, lui aussi, anéanti ? Dans la première hypothèse, il s'agirait donc d'une règle procédurale puisque seule la dimension processuelle est touchée alors que le fond, le droit protégé subsiste. Dans la seconde hypothèse, c'est l'ensemble qui est touché par l'expiration du délai, aussi bien la dimension processuelle que la dimension substantielle dans le sens où le droit protégé, au fond, est également anéanti. La prescription est alors tenue comme appartenant au fond et non à la procédure.

Ce critère de répartition entre procédure et fond n'est pas exempt de difficultés. En effet, si, en théorie, il semble offrir une facilité de répartition, dans la pratique, il est parfois malaisé de savoir si ce n'est que l'action qui est prescrite ou le droit. Par ailleurs, elle offre la possibilité d'approches différentes selon les systèmes juridiques ce qui induit, nous l'avons vu, des difficultés méthodologiques quant à la mise en œuvre du principe *lex fori regit procesum*.

⁷¹⁶ Cf. *infra* Chapitre 2, Section 1

⁷¹⁷ On entend par délais pour agir les délais de prescription et les délais de forclusion (encore appelés délais préfix) dont l'objet nous semble équivalent : déclarer la demande irrecevable. Pour des raisons de commodité, le terme de prescription pourra être utilisé, lors de cette étude, afin de désigner ces deux types de délais. En revanche, les délais de procédure notamment réglementés aux articles 640 à 647-1 du Code de procédure civile sont exclus de ces développements. S'agissant, pour ces derniers, de délais touchant à l'instance même indépendamment de toute considération du fond, leur proximité avec la loi du juge saisi et la soumission à la loi du for ne fait guère de doute (en ce sens, voir, AUDIT [B.] et d'AVOUT [L], *Droit international privé*, Économica, 7^{ème} éd., 2013, n°502, p.444 ; TERRE [F.], « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *TCFDIP*, 1964-1966, p.111, spéc. p.125).

⁷¹⁸ Pour une étude approfondie, voir HAGE-CHAHINE (F.), « La prescription extinctive en droit international privé », *RCADI*, 1995, tome 255, p.229

195. L'objet de la prescription : position française. L'étude de la qualification de la prescription en droit interne semble démontrer une certaine ambiguïté. Cependant, celle-ci ne semble pas rejaillir sur la qualification en droit international privé qui consacre sans hésitation la qualification substantielle de la prescription.

Les termes utilisés et le régime interne appliqué à la prescription induisent parfois en erreur⁷¹⁹. En droit français, ce n'est que depuis la loi du 17 juin 2008⁷²⁰ que l'approche processualiste a, semble-t-il, été écartée par le législateur en droit interne même si certaines ambiguïtés subsistent. Auparavant, une véritable confusion naissait des différents textes la régissant. Ainsi, si elle était soumise au régime des fins de non-recevoir, et si l'article 122 du Code de procédure civile la classait parmi les moyens de défense tendant « à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir », l'article 1234 du Code civil prévoyait de son côté que « les obligations s'éteign[aient] : [...] par la prescription ». Désormais, l'article 2219 du Code civil disposant que la prescription était « mode d'extinction d'un droit »⁷²¹ traduit bien la vocation substantielle de celle-ci. Cependant, l'actuel article 2249⁷²² du Code civil est, encore aujourd'hui, rédigé de façon relativement ambiguë quant à la nature attribuée à la prescription. Il empêche la répétition d'une dette payée au seul motif que la prescription était expirée au jour du paiement. De la même façon, l'article 2224 du même code prévoit que « les actions [...] se prescrivent ». Ces deux articles tendraient alors à voir la prescription comme n'éteignant que l'action et donc comme étant de nature procédurale.

Malgré ces ambiguïtés, le droit international privé français a tout de même rapidement pris le parti de l'approche substantialiste. Ainsi, dans un arrêt en date du 5 mars 1957, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que la prescription extinctive

⁷¹⁹ Pour un exposé, en droit interne, sur le débat entre tenants de la thèse « substantialiste » et partisans de la conception « processualiste », voir, par exemple, GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Le régime des créances et des dettes (Traité de droit civil)*, LGDJ, 2005, n° 1115, p.1133 et s. et les réf. citées.

⁷²⁰ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, publiée au JO du 18 juin 2008.

⁷²¹ À noter que lors des débats parlementaires, un amendement prévoyant de rajouter à la suite « ou d'une action » a été rejeté, traduisant encore plus la volonté d'écarter toute dimension processuelle de la prescription (bien qu'il soit précisé que le rejet soit la conséquence d'une volonté de conserver le débat dans une dimension doctrinale). Cf. Rapport n° 847 sur la proposition de loi (N°433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile, par M. Émile BLESSIG p.31 ; et, FRANÇOIS (B.), « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », *D.*, 2008, p.2543 et spécialement n° 14 et s.

⁷²² « Le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était écoulé. »

éteignait aussi bien l'action que le droit⁷²³. Elle consacrait déjà alors, il y a plus de 60 ans, la qualification substantialiste de la prescription en appliquant le test de l'objet de la prescription. Plus récemment, dans l'arrêt *Mobil North Sea*⁷²⁴, la Haute Cour a rappelé que la loi applicable à la prescription était celle du contrat « *selon la qualification française du for* », confirmant, la qualification substantielle de la prescription en droit international privé français. Enfin, la loi de 2008 a, par la suite, consacré cette qualification à l'article 2221 du Code civil qui dispose que « *la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte* ». Ainsi, en la soumettant à la loi du fond, le législateur a privilégié, sans aucune ambivalence, la qualification substantielle à la prescription extinctive en droit international privé⁷²⁵.

196. L'objet de la prescription : le droit anglais. À l'inverse, le droit anglo-saxon semblait, à l'origine, plus prompt à qualifier la prescription de notion procédurale, mais le droit international privé d'outre-Manche paraît de plus en plus attiré par l'approche substantielle.

À l'origine, le test permettant la qualification de la prescription selon qu'elle atteint le droit ou seulement l'action autorisait les juges de *Common Law* à attribuer la qualification procédurale à la prescription très fréquemment⁷²⁶. Cette prépondérance avait pour cause l'importance de la procédure dans les systèmes juridiques anglo-saxons en raison de la formation de ceux-ci.

Cependant, face aux positions adoptées dans la majeure partie des pays, le *Foreign Limitation Periods Act 1984* adopté au Royaume-Uni a rejeté l'application de la loi du for à la prescription en droit international privé, et adopté l'application de la *lex causae*⁷²⁷. Il y est

⁷²³ Cass. Civ., 5 mars 1957, *Veuve Trottmann c. Consorts Bérenguer*, Bull. civ. I, n° 117, D. 1957, p.334 : « *Attendu que le délai d'un an imparti par les textes précités, ayant pour effet d'éteindre par son expiration le droit et l'action du créancier, est un délai de prescription* ».

⁷²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997, *Société Mobil North Sea et autres contre Compagnie Française d'Entreprises Métalliques*, Bull. civ. I, n°84, JDI, 1997, p.789, note M. Santa-Croce ; RCDIP, 1997, p.702, note B. Ancel.

⁷²⁵ Le législateur ne fait référence qu'à la prescription extinctive. Toutefois, conformément à la jurisprudence antérieure, les délais de forclusion doivent recevoir une qualification identique (en ce sens, voir, NIBOYET [M.-L.] et GEOUFFRE DE LA PRADELLE [G.], *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°614, p.422).

⁷²⁶ Voir, par exemple, *Huber v. Steiner* (1835) Bing NC 202 ; *Black-Clawson Ltd v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenberg AG* [1975] AC 591 ; ou encore, pour une décision australienne, *McKain v. Miller* (1991) 174 CLR 1 (HCA).

⁷²⁷ « **Section 1 — Application de la prescription étrangère :** (1) *Sous réserve des dispositions suivantes de la présente loi, quand, dans toute action ou procédure devant un tribunal en Angleterre et au Pays de Galles, la loi d'un autre pays doit (conformément aux règles de droit international privé applicables par un tel tribunal) être prise en compte dans la détermination de toute question : (a) la loi de cet autre pays portant sur la prescription s'applique à l'égard de cette question dans le cadre de l'action ou de la procédure, et (b) sauf si la*

même précisé explicitement dans l'introduction qu'il s'agit « *[d']une loi qui prévoit que toute règle relative à la prescription des actions doit être traitée, pour les cas dans lesquels il est donné effet à une loi étrangère ou à une décision juridictionnelle étrangère, comme une matière substantielle plutôt que comme une matière procédurale* »⁷²⁸. Ainsi, afin d'éviter toute ambiguïté, une loi régit directement la qualification de la prescription au Royaume-Uni en la plaçant dans le domaine du fond et non de la procédure.

197. L'unification catégorielle européenne. À l'heure actuelle, dans le cadre de l'Union européenne, le doute n'est, en tout état de cause, plus permis quant à la qualification de la prescription, qu'il s'agisse des délais ou, dans une certaine mesure, de la computation de ces délais⁷²⁹. Cette prise de position certaine quant à la catégorie adéquate conduit à une approche substantialiste de l'objet de la prescription. En effet, les articles 15 h) du règlement Rome II⁷³⁰ et 12 d) du règlement Rome I⁷³¹ posent expressément la soumission de la prescription à la *lex causae*. Ainsi, cette difficulté est résolue en unifiant, sur ce point, la qualification si tant est qu'elle posât encore question aujourd'hui. Ils disposent, respectivement que la loi applicable à l'obligation non contractuelle s'applique au « *mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance fondées sur l'expiration d'un délai, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension d'un délai de prescription ou de déchéance* » et que la loi applicable au contrat régit « *les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai* ». De même, l'article 15 du règlement relatif aux obligations alimentaires⁷³² opère, s'agissant de la question de la loi applicable, un renvoi au

matière relève du paragraphe (2) ci-dessous, la loi d'Angleterre et du Pays de Galles, à la prescription ne doit pas s'appliquer ». (« **Section 1 – Application of foreign limitation law** : (1) *Subject to the following provisions of this Act, where in any action or proceedings in a court in England and Wales the law of any other country falls (in accordance with rules of private international law applicable by any such court) to be taken into account in the determination of any matter—(a) the law of that other country relating to limitation shall apply in respect of that matter for the purposes of the action or proceedings; and (b) except where that matter falls within subsection (2) below, the law of England and Wales relating to limitation shall not so apply.* »)

⁷²⁸ « *An Act to provide for any law relating to the limitation of actions to be treated, for the purposes of cases in which effect is given to foreign law or to determinations by foreign courts, as a matter of substance rather than as a matter of procedure.* »

⁷²⁹ Pour cette dernière branche de la question de la prescription, notre position à la lecture de certaines dispositions européennes est plus nuancée, toutes n'y faisant pas référence expressément. Cf. *infra* Chapitre 2, Section 1, §1, C.

⁷³⁰ Règlement (CE) n°864/2007 du parlement européen et du conseil, du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), JOUE L199 du 31 juillet 2007

⁷³¹ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), JOUE L177 du 4 juillet 2008

⁷³² Règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE L7 du 10 janvier 2009.

protocole de La Haye du 23 novembre 2007⁷³³ dont l'article 11 prévoit l'inclusion des délais pour agir dans le domaine de la *lex causae*. La solution, à l'échelle des organisations internationales, semble revêtir une certaine forme d'universalité puisque les conventions de La Haye relatives aux accidents de la circulation routière⁷³⁴ et à la responsabilité du fait des produits défectueux⁷³⁵ édictent, respectivement en leurs articles 8§8 et 8§9, que les délais pour agir et les modes de calcul de ceux-ci sont soumis à la loi applicable au fond.

b. La preuve

198. L'ambiguïté de la preuve. La place de la preuve⁷³⁶ dans la pédagogie française est, tout comme celle de la compétence, assez ambiguë. En effet, elle trouve sa place, à la fois dans les ouvrages d'introduction au droit et dans les enseignements de droit judiciaire privé. Le droit de la preuve (*law of evidence*) constitue même une matière distincte dans les systèmes juridiques anglo-saxons. Une première approche de la question probatoire en droit international privé laisse apparaître la qualification procédurale. Une très ancienne décision anglaise a même explicitement posé le principe selon lequel « *la loi applicable à la preuve est la loi du for qui régit les tribunaux* »⁷³⁷. De la même façon, les auteurs du *Cheshire, North and Fawcett* relèvent que « *chaque système juridique a ses propres principes pour décider la manière selon laquelle la vérité des faits, actes et documents doit être constatée, et il est évident que ces principes doivent être généralement appliqués, que la question en jeu soit d'origine nationale ou étrangère. Si un autre système de preuve était admissible, il serait tout aussi raisonnable d'autoriser une autre sorte de procès* »⁷³⁸.

Toutefois, en étudiant plus attentivement la jurisprudence et la doctrine traitant des questions de preuve en droit international privé, il est possible de voir se dégager trois blocs

⁷³³ Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires conclu le 23 novembre 2007 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé.

⁷³⁴ Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière conclue le 4 mai 1971 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé.

⁷³⁵ Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits conclue le 2 octobre 1973 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé.

⁷³⁶ Pour une étude particulière de la preuve en droit international privé, voir, par exemple, HUET (A.), *Les conflits de lois en matière de preuve*, Préface de R. Perrot, LGDJ, 1965 ; GROUD (T. H.), *La preuve en droit international privé*, Préface d'I. Fadlallah, PUAM, 2000 ; ou encore, FONGARO (E.), *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Préface de B. Beignier et J. Foyer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 423, 2004

⁷³⁷ *Bain v. Whitehaven and Furness Ry.* (1850) 3 H.L.C. 19 : « *The law of evidence is the lex fori which governs the courts* ».

⁷³⁸ CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS, p.82 : « *Every system of law has its own principles for deciding the way in which the truth of facts, acts and documents shall be ascertained, and it is obvious that those principles must usually apply whether the question at issue is domestic or foreign in origin. If another system of evidence were admissible it would be equally reasonable to permit another mode of trial.* »

de règles qualifiées différemment. L'objet et la charge de la preuve sont qualifiés de substantiels alors que, l'admissibilité des modes de preuve tend à être considérée comme une question hybride et que l'administration de la preuve est une question procédurale. Cette multiplicité de qualifications illustre manifestement l'ambiguïté de la notion de preuve et ses incidences sur la délimitation de la catégorie « procédure ».

199. L'objet de la preuve. L'objet de la preuve correspond à la question « que doit-on prouver ? ». La qualification substantielle emporte une totale adhésion tant celle-ci semble évidente pour les auteurs français et étrangers. Ainsi, peut-on lire que « *pour déterminer l'objet de la preuve, nul doute qu'il faut appliquer la loi qui régit le droit substantiel contesté* »⁷³⁹ ou encore, que « *la première question [c.-à-d. que doit-on prouver ?] appartient clairement à la loi du fond* »⁷⁴⁰. Il semble, en effet, logique que la loi régissant le droit substantiel soit interrogée pour savoir quels éléments doivent être établis afin de faire valoir ce droit. Par conséquent, l'objet de la preuve se doit bien d'être rattaché au fond et non à la procédure bien qu'il soit question, certes dans une moindre mesure, du déroulement et de l'organisation du procès.

200. La charge de la preuve. La charge de la preuve, quant à elle, répond à la question de savoir qui doit prouver. Là encore, sa qualification dans l'une ou l'autre des catégories peut se justifier et trouve son pendant dans la jurisprudence. La qualification procédurale est celle admise par la jurisprudence anglaise⁷⁴¹ et se justifierait en ce que les règles de charge de la preuve déterminent le plaideur et donc la position des parties dans le cours de la procédure. Cependant, en droit français, c'est la qualification substantielle qui emporte l'adhésion de la doctrine et de la jurisprudence en raison, là encore, des liens trop étroits qu'entretiennent charge de la preuve et fond du droit, liens illustrés par le jeu des présomptions.

201. Les présomptions. En effet, à ces deux questions s'ajoute celle des présomptions qui va avoir un impact sur l'une ou l'autre d'entre elles (modification de l'objet de la preuve ou de la charge). Ces présomptions sont assimilées à « *des règles de fond* »⁷⁴² en ce qu'elles

⁷³⁹ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, n° 694, p.472

⁷⁴⁰ SPIRO (E.), « *Forum regit processum* (Procedure is governed by the *lex fori*) », 18 *International and Comparative Law Quarterly*, (1969), p.954 : « *The first question clearly belongs to the substantive law* ». [Ajouté par nous].

⁷⁴¹ *Re fuld's Estate (No 3)* [1968] P 675 : par le juge Scarman p.697 : les cours « *must in all matters of burden of proof follow scrupulously its own lex fori* »

⁷⁴² NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, n° 648, p.561

aménageraient le droit en raison de considérations substantielles (preuve d'un fait illicite, preuve difficile à rapporter...). Elles sont donc, logiquement, soumises à la loi du fond et classées hors de la catégorie « procédure ».

202. L'admissibilité des modes de preuve. En tant qu'elle touche à la formation du raisonnement du juge et à son office, l'admissibilité des modes de preuve peut être rattachée à la procédure et devrait être qualifiée comme telle. La jurisprudence reconnaît ainsi régulièrement ce caractère procédural⁷⁴³ et le doyen Batiffol l'écrivait ainsi : « *N'appartient-il pas à la loi du for de dire si tel moyen de preuve pourra être considéré comme convaincant par le juge ? Nous avons admis que la qualité pour témoigner relevait de la loi du for parce qu'en matière de crédibilité des individus, la loi pouvait difficilement transiger ; il semble que le degré de confiance dû à un moyen de preuve pose un problème du même ordre. La conviction du juge est un phénomène psychologique qui est indépendant du lieu d'origine de l'acte litigieux ; les règles que la loi lui impose tiennent principalement au souci d'une administration de la justice rapide et sûre* »⁷⁴⁴.

Cependant, dans le cas des actes juridiques et plus précisément de l'exigence de preuves préconstituées, il ne peut pas être demandé aux parties de prévoir les modes de preuve qui seraient nécessaires en cas de litiges dans un autre pays que celui dans lequel l'acte a été constitué. Dans cette optique, les modes de preuve touchent au fond du droit et plus particulièrement à la forme des actes établis dans un dessein souvent purement probatoire.

L'arrêt *Isaac*⁷⁴⁵ illustre cette ambiguïté et l'absence de choix entre les deux catégories. Dans cet arrêt, la Cour de cassation, tout en confirmant la compétence de principe de la loi du for, a permis aux parties d'appliquer la loi du lieu où a été dressé l'acte⁷⁴⁶. Elle semble alors réfuter l'idée d'une qualification procédurale totale. Cette dernière est la règle en matière d'administration de la preuve.

⁷⁴³ Pour le droit français, voir, par exemple, Cass. 1^{ère} Civ. 12 février 1963, *Ruffini*, Bull. civ. I, n° 97 ou 25 novembre 1981, *Rezki*, Bull. civ. I, n°350. Pour le droit anglais, voir, par exemple, *Re Cohn* [1945] Ch 5 par le juge Uthwatt p.7 : « *in ascertaining that fact, the method of proof was determined by the lex fori (the law of England) – a general position which cannot be disputed* ».

⁷⁴⁴ BATIFFOL (H.), *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, p. 377, n° 443

⁷⁴⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 24 février 1959, *Isaac*, Bull. civ. I, n° 116, *RCDIP*, 1959, p.368, note Y. Lequette ; *D.*, 1959, p.485, note Ph. Malaurie. Pour certains auteurs, il s'agirait d'une application de la technique de la prise en considération. En ce sens, voir FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), *La prise en considération des normes étrangères*, Préface de B. Audit, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 501, 2008, n°403, p.281 et les références citées.

⁷⁴⁶ « *S'il appartient toujours au juge d'accueillir les modes de preuve de la loi du for, c'est néanmoins sans préjudice du droit pour les parties de se prévaloir des règles de preuve du lieu étranger de l'acte* »

203. L'administration de la preuve. Il s'agit ici de savoir de quelle façon doivent être produites les preuves déclarées admissibles. La doctrine et la jurisprudence s'entendent unanimement pour reconnaître le caractère purement procédural de cette question.

Certains auteurs⁷⁴⁷ relèvent cependant les liens étroits entre ces deux dernières questions du droit de la preuve. L'exemple le plus marquant de ces liens est alors le témoignage. La procédure l'accompagnant dans les pays de *Common Law* est la conséquence directe de la place de ce mode de preuve dans ces pays. Il y a donc lien entre l'admissibilité des modes de preuve, et donc en partie le fond, et l'administration judiciaire de ceux-ci, la procédure. La nature hybride de l'administration des preuves, même si la nature procédurale est incontestablement dominante, devrait alors, à l'image de l'admissibilité des modes de preuve, être reconnue.

204. La position européenne. Pour remédier à ces difficultés et prévenir d'éventuelles divergences de qualifications entre États membres, l'Union européenne a, là encore, adopté une délimitation unifiée de la catégorie sur une partie de la question de la preuve bien que celle-ci soit, en général, expressément exclue des règlements⁷⁴⁸. Cette délimitation est, cependant, fractionnée et mêle diverses lois applicables à diverses questions que ce soit dans le règlement Rome II ou Rome I, reprenant, ainsi, la position hybride du droit commun. Si la charge de la preuve et les présomptions font parti intégrantes du droit substantiel⁷⁴⁹, l'admissibilité des modes de preuves reste soumise à plusieurs lois alternatives démontrant l'absence de prise de position de la part de l'Union européenne si tant est qu'il soit possible d'avoir un avis tranché sur ce point. Ainsi, les modes de preuve admis pour prouver un acte juridique sont ceux de la loi du for en tant que loi procédurale, la loi du lieu de conclusion de l'acte ou la *lex causae*⁷⁵⁰. Concernant la preuve des faits juridiques, dont l'importance est évidente dans le cadre du règlement Rome II, rien n'est précisé dans le corps

⁷⁴⁷ NIBOYET (M.-L.), « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.363

⁷⁴⁸ Voir les articles 1§3 des règlements Rome I et II.

⁷⁴⁹ Article 18 § 1 du règlement Rome I : « La loi régissant l'obligation contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve. »

Article 22 § 1 du règlement Rome II : « La loi régissant l'obligation non contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations non contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve. »

⁷⁵⁰ Article 18 § 2 du règlement Rome I : « Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées à l'article 11, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant la juridiction saisie. »

Article 22 § 2 du règlement Rome II : « Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées par l'article 21, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal saisi. »

du texte. Toutefois, il semblerait que la qualification procédurale s'impose ce qui paraît critiquable compte tenu du lien qui unit fond et mode de preuve⁷⁵¹. L'administration de la preuve est, quant à elle, qualifiée implicitement⁷⁵² de procédurale selon les mêmes articles et est donc soumise, à ce titre, à la loi du juge saisi. À noter, toutefois, que rien n'est expressément prévu concernant l'objet de la preuve, mais sa qualification substantielle ne devrait guère susciter d'interrogations.

c. La réparation

205. L'absence de doutes sur la qualification en droit français. Il peut paraître surprenant de poser la réparation du préjudice⁷⁵³ comme étant à la frontière entre procédure et fond tant la notion semble indiscutablement substantielle au juriste français. L'absence de doutes apparents sur cette qualification ressort même d'un quasi-silence de la jurisprudence sur la question⁷⁵⁴. En effet, la réparation nous semble correspondre, en définitive, au droit subjectif lui-même et donc au fond du droit ou, tout du moins, à ses conséquences directes. Par cet aspect, elle se rattache donc, sans conteste au fond. À l'inverse, elle ne participe aucunement de l'office du juge et des règles d'agencement du procès et d'organisation de celui-ci. Ainsi, que ce soit au regard de sa définition ou de l'étude de la finalité de la règle de conflit, il paraît difficile de la qualifier en tant que règle procédurale.

206. La position anglaise. Cependant, cette qualification est loin d'emporter l'adhésion de l'ensemble du droit comparé et principalement des pays de *Common Law*. Cette question est même le thème principal de nombreux articles de la doctrine anglo-saxonne portant sur la distinction entre fond et procédure⁷⁵⁵. Il s'agit de la résurgence critiquée de la

⁷⁵¹ DUTOIT (B.), « Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne : le règlement Rome II », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.309, spéc. p.327

⁷⁵² GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, spéc. n°7.34, p.211

⁷⁵³ Pour une étude approfondie et une proposition de catégorie distincte et de rattachement autonome, voir BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003

⁷⁵⁴ Pour un arrêt, voire le seul arrêt, sur la question, voir Cass. Com., 9 mars 1966, *Lenten*, *Bull. civ IV*, n° 137.

⁷⁵⁵ Voir, notamment, OPESKIN (B. R.), « Statutory caps on damages in Australian conflict of laws », *Law Quarterly Review*, 1993, 109(Oct), p.533 ; DOUGHERTY (C.) and WYLES (L.), « *Harding v. Wealands* », 56 *International and Comparative Law Quarterly*, (2007), p.443 ; CARRUTHERS (J. M.), « Substance and procedure in the conflict of laws : a continuing debate in relation to damages », 53 *International and Comparative Law Quarterly*, (2004), p.691 ; CARRUTHERS (J. M.), « Damages in the conflict of law – the substance and procedure spectrum : *Harding v. Wealands* », 1 *Journal of Private International Law*, (2005), p.323.

différenciation entre *rights* (associés à la substance) et *remedies* (associés à la procédure)⁷⁵⁶. Elle résulte du fait qu'historiquement, la procédure était définie par référence au contenu des *remedies*⁷⁵⁷.

Aujourd'hui, suite aux évolutions doctrinales et jurisprudentielles, il apparaît que la réparation est une notion de nature hybride dont certains éléments seraient procéduraux et d'autres, substantiels. Ainsi, l'arrêt *J. D'Almeida Araujo Lda v. Sir Frederick Becker & Co. Ltd.*⁷⁵⁸ distingue entre les chefs de préjudice – de nature substantielle – et les mesures ou quantification de la réparation – de nature procédurale. La première série de qualification se justifie par des raisons équivalentes à celles évoquées précédemment. La qualification procédurale de la seconde série de questions se justifie, en droit anglais, par le fait qu'il ne s'agirait que de l'application d'une méthode sans lien avec le fond du droit. Il s'agit également d'une question directement en lien avec les pouvoirs du juge. Par exemple, ceux-ci seraient atteints en ce que le juge anglais ne peut octroyer des paiements périodiques, mais seulement un capital.

Malgré les critiques dont souffrent cette distinction et cette qualification partiellement procédurale⁷⁵⁹, la tradition anglo-saxonne y reste attachée. Cela démontre une nouvelle fois les difficultés de délimitation de la catégorie « procédure » en raison de ces notions considérées, à tort ou à raison, comme étant à la frontière de la catégorie. Compte tenu du développement du droit international privé européen relatif au droit des obligations, l'Union européenne a, une fois encore, tranché et a harmonisé, sur ce point, le domaine de la loi procédurale en droit international privé afin d'assurer une application uniforme de ses règlements.

207. Solution apportée par l'Union européenne. Elle rejoint alors la position continentale, et majoritaire, et rejette l'idée de l'application de la loi du for au titre de loi de

⁷⁵⁶ RISINGER (M.), « “Substance” and “procedure” revisited [with some afterthoughts on the constitutional problems of “irrebuttable presumptions”] », 30 *UCLA Law Review*, (1983), p.189. Il s'agirait d'une confusion introduite par l'important article de Edgar Ailes (AILES [E. H.], « Substance and Procedure in the conflict of laws », 39 *Michigan Law Review*, [1941], p.392) – qui aurait mélangé la dichotomie *rights-remedies* avec celle procédure-substance initiée par Bentham – et ancrée dans le droit par les travaux de Westlake, Foote et surtout Dicey.

⁷⁵⁷ Ainsi, dans son manuel de procédure civile, Terence Ingman traite en partie 9 et 10 des *remedies* parmi lesquels figure la question des *damages* (INGMAN [T.], *The English Legal Process*, Oxford University Press, 13th éd., 2011, p.322 et s.).

⁷⁵⁸ [1953] 2 QB 329

⁷⁵⁹ En ce sens, voir BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003, n° 38, p.40 et s.

procédure aux questions de réparation⁷⁶⁰. Cette position se retrouve dans l'article 15 c) du règlement Rome II selon lequel la *lex causae* s'applique à « *l'existence, la nature et l'évaluation des dommages, ou la réparation demandée* » et, selon, l'article 12 c) du règlement Rome I aux « *conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent* ».

Cependant, à y regarder de plus près, la position européenne est, en réalité, plus nuancée. En effet, il est prévu dans cet article 12 c) que l'application de la loi applicable au fond n'est possible que « *dans les limites des pouvoirs attribués à la juridiction saisie par son droit procédural* ». Ce contingentement des possibilités offertes au juge saisi semble prendre en compte la position d'outre-Manche qui voit dans l'évaluation de la réparation la mise en œuvre des pouvoirs procéduraux du juge. Néanmoins, la qualification principalement retenue reste la qualification substantielle⁷⁶¹.

Si la résolution des difficultés catégorielles – prescription, preuve et réparation recevant une qualification unifiée – semble annihiler les difficultés méthodologiques précédemment évoquées en matière de procédure, l'existence de solutions générales concernant ces dernières ne doit pas être occultée.

§2 : L'ACTION SUBSIDIAIRE SUR LES CONSEQUENCES : LA RESOLUTION EUROPEENNE DES DIFFICULTES METHODOLOGIQUES

208. La résolution de difficultés méthodologiques générales. Les difficultés méthodologiques rencontrées précédemment, si elles résultent pour nous des incertitudes entourant la qualification procédurale, ne sont pas l'apanage de la règle de conflit soumettant la procédure à la loi du juge saisi. Elles ont donc reçu un traitement généralisé de la part du droit européen. Ainsi, l'Union européenne exclut, dans ses différents instruments, le renvoi (A), a supprimé le contrôle de la loi appliquée dans le cadre de *l'exequatur* (B) et semble composer avec le *forum shopping* voire s'en satisfaire (C).

⁷⁶⁰ Dans le même sens voir les conventions de La Haye relatives aux accidents de la circulation routière et à la responsabilité du fait des produits défectueux précitées dont les articles 8 §3 et 4 adoptent la même position, à savoir la qualification substantielle des types de dommages réparables, des modes de réparation et de l'étendue de celle-ci.

⁷⁶¹ En faveur de cette interprétation, voir GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, n°11.54, p.349. *Contra* SCHOEMAN (E.), « Rome II and the substance-procedure dichotomy : crossing the Rubicon », *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, 2010, p.81, spéc. p.86, pour qui la qualification procédurale semble prédominer en la matière.

A. L'exclusion du renvoi

209. L'exclusion du renvoi. La problématique du renvoi, entendu dans son sens général, est exclue de l'espace judiciaire européen qui le rejette entièrement dans ses règlements. Par exemple, l'article 20 du règlement Rome I prévoit que « *lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement* »⁷⁶². Une telle référence au droit matériel à l'exclusion du droit international privé démontre une volonté de rejeter le renvoi. En effet, ne pas se référer aux règles de droit international privé de l'État dont la loi a été désignée par le règlement, implique de ne pas se référer aux règles de conflit de lois. Cela exclut donc la possibilité que celle-ci renvoie à une autre loi. Une telle solution se justifie par l'objectif de prévisibilité, de sécurité et d'unité juridique des règlements européens. Si l'on admettait le renvoi, la création d'une règle de conflit unifiée n'aurait plus de raison d'être.

210. L'exclusion consécutive du renvoi de qualifications. Or, exclure le renvoi général amène nécessairement à exclure le renvoi de qualifications. En effet, il a été précisé que le renvoi de qualifications n'est qu'une figure du renvoi. Plus, les dispositions européennes excluent la désignation des règles de droit international privé c'est-à-dire des règles de conflit, nous l'avons dit, mais également des catégories et qualifications. Aussi, si persistait, dans le cadre du règlement, une divergence entre États membres, sur l'étendue de la catégorie « procédure », il semblerait surprenant que s'opère un renvoi de qualifications expressément contraire aux dispositions européennes.

Par cette règle, l'Union européenne met donc fin, semble-t-il définitivement, aux difficultés liées au renvoi de qualification tout comme elle le fait, de par sa position relative à *l'exequatur*, pour les difficultés liées à l'instance indirecte.

B. La disparition progressive de l'exequatur

211. L'abandon du contrôle de la loi appliquée en droit commun français. Abandonnée dès 1968 en droit européen, le contrôle de la loi appliquée dans le cadre d'une

⁷⁶² Voir, également, l'article 24 du règlement « Rome II » reprenant, quasi à l'identique, la même disposition. À noter, cependant, que l'article 34 du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (JOUE L201 du 27 juillet 2012) prévoit un recours partiel, et sous certaines conditions, au renvoi lorsque la loi désignée en application du règlement est celle d'un État tiers.

instance indirecte, relativement critiqué par la doctrine, était très peu appliqué. Ce faisant, rares sont les décisions refusant *l'exequatur* sur le fondement de l'incompétence de la loi appliquée. Aussi, en droit commun a-t-il été abandonné. Dans l'arrêt *Cornelissen*⁷⁶³, la Haute Juridiction énonce que « *pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ; que le juge de l'exequatur n'a donc pas à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois française* ».

212. Une suppression issue notamment du droit européen. L'abandon de cette condition de *l'exequatur* en droit commun résulte de deux facteurs. En premier lieu, la mise en œuvre de la théorie de l'équivalence⁷⁶⁴ conduisait à un faible taux d'application de ce critère.

En second lieu, par le jeu des textes et instances internationaux, la condition était fréquemment neutralisée. La Cour européenne des Droits de l'Homme avait condamné, indirectement, le contrôle de la loi appliquée dans son arrêt *Wagner* de 2007⁷⁶⁵. Dans cette affaire, une Luxembourgeoise, célibataire, avait adopté légalement un enfant au Pérou. Demandant *l'exequatur* du jugement d'adoption au Luxembourg, il fut refusé par les juges nationaux au motif que, selon la règle de conflit luxembourgeoise, la loi luxembourgeoise était applicable. Or, celle-ci interdit l'adoption plénière par des personnes célibataires. La Cour européenne, saisie de la demande, conclut à la violation de l'article 8 de la Convention et condamne cette solution sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁶⁶. Rien n'est

⁷⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 68, *RCDIP*, 2007, p.420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI*, 2007, p.1195, note F.-X. Train ; *D.*, 2007, p.115, note L. d'Avout et S. Bollée ; « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte (le "grand arrêt" Cornelissen du 20 février 2007) », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 123, doct. p.1387, note M.-L. Niboyet.

⁷⁶⁴ La théorie de l'équivalence consistait à ne pas refuser *l'exequatur* sur le motif d'une loi incompétente dès lors que la solution donnée par le juge étranger était équivalente à celle qui aurait été émise en application de la loi normalement applicable. Cette théorie participe certes d'une plus grande ouverture à la reconnaissance des jugements étrangers, mais fut grandement critiquée en ce qu'elle se rapprochait fortement de la révision au fond pourtant condamnée depuis 1964. En effet, n'était-ce pas rejuger l'affaire que de n'accorder l'exequatur que dans le cas où la solution au fond était équivalente à celle qu'aurait donnée le juge français en application de ses propres règles de conflit de lois ?

⁷⁶⁵ CEDH, Requête 76240/01, *Affaire Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007

⁷⁶⁶ « 131. Celles-ci rejetèrent la demande d'exequatur présentée par les requérantes en se fondant sur une application des règles luxembourgeoises de conflits de lois qui prévoient que les conditions pour adopter sont régies par la loi nationale de l'adoptant, en l'occurrence l'article 367 du Code civil qui dispose que l'adoption plénière peut être demandée seulement par deux époux. Les juges en conclurent qu'il était superflu d'examiner les autres conditions de l'exequatur, parmi lesquelles figure la conformité à l'ordre public international.

expressément dit sur le critère du contrôle de la loi appliquée. Mais il apparaît évident, dans cette affaire, que s'il n'est pas exclu en tant que tel, la Cour réfute la possibilité pour un État de refuser *l'exequatur* d'une situation valablement acquise à l'étranger sur le fondement de la loi appliquée.

Par ailleurs, et surtout, les textes internationaux, au premier rang desquels les réglementations européennes, tendent, si ce n'est à supprimer *l'exequatur*, à en favoriser l'obtention. Parmi les mesures régulièrement mises en place dans ce but figure l'absence de contrôle de la loi appliquée. La multiplicité de tels accords et la fréquence de telles dispositions⁷⁶⁷ faisaient de ce critère une condition relativement obsolète en droit commun d'où sa suppression subséquente. La récente refonte du règlement Bruxelles I⁷⁶⁸ démontre une volonté encore plus affirmée de favoriser la circulation des jugements, et ne va donc absolument pas dans le sens d'une résurgence du contrôle de la loi appliquée. Or, outre cette volonté de libre circulation des décisions, elle permet, à titre accessoire, la résolution des difficultés liées à la délimitation des catégories de droit international privé, et particulièrement pour nous de la catégorie « procédure ». Par cette mesure largement répandue dans le droit européen, l'Union a, en effet, mis fin à tous les risques liés à un refus *d'exequatur* reposant sur l'application d'une loi différente en raison d'une qualification divergente.

213. L'amoindrissement de l'ordre public procédural dans l'espace judiciaire européen. Plusieurs facteurs tendent à montrer que l'ordre public procédural a, quant à lui, de moins en moins vocation à s'appliquer dans le cadre de l'espace judiciaire européen. Un premier élément est, nous venons de l'évoquer, l'ouverture, de plus en plus grande, des frontières aux décisions de justice. Soit elles peuvent circuler sans aucun contrôle, comme

132. La Cour estime que la décision de refus d'exequatur omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation. Aussi, dès lors que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne, ceux-ci ne déploient pas pleinement leurs effets au Luxembourg. Les requérantes en subissent des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive.

133. Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires (voir, *mutatis mutandis*, Maire, précité, § 77), la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière. »

⁷⁶⁷ En réalité, il s'agit plutôt de l'absence de dispositions mettant en place cette condition. Voir, par exemple, règlement « Bruxelles I », articles 34, 35 et 45 ; ou encore, règlement « Bruxelles II bis », articles 22, 23, 24 et 31.

⁷⁶⁸ Règlement (UE) n°1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), JOUE L351 du 20 décembre 2012.

dans le cas des décisions fondées sur l'injonction de payer européenne. Soit elles font l'objet d'un contrôle minimum. La condition de l'ordre public sera ainsi réduite à une contrariété manifeste⁷⁶⁹ et donc plus rare, réduisant d'autant les cas de refus. Il est cependant important de noter que le contrôle n'est pas abandonné, et ne devra pas se limiter au seul acte introductif d'instance lorsque le défendeur est défaillant. Il devra dès lors se combiner avec le second élément. Il s'agit du fait qu'il existe un ordre public procédural commun. En effet, il a été décidé, dans la célèbre affaire *Krombach*⁷⁷⁰, que les principes dégagés sur le fondement de l'article 6§1 « *s'imposent à l'ensemble des États membres* »⁷⁷¹ et font partie de l'ordre public procédural de ceux-ci. Dès lors, la majeure partie des principes procéduraux qui pourraient fonder un refus de reconnaissance des décisions étrangères et freiner la libre circulation des décisions s'appliquent à tous les États membres. Il est difficile d'imaginer qu'une règle procédurale d'un État membre soit contraire à son propre ordre public procédural et, par suite, à celui d'un autre État membre. Pourtant, force est de constater que la question est parfois posée⁷⁷², notamment parce que l'ordre public procédural ne saurait se limiter aux droits fondamentaux. De plus, un tel rapprochement déjà existant ne signifie pas qu'aucun contrôle ne doit être opéré. Abandonnant l'idée de « *déni de justice flagrant* »⁷⁷³, la Cour européenne des Droits de l'Homme semble quant à elle faire une distinction entre les jugements émanant d'États tiers et ceux provenant d'États parties⁷⁷⁴. À tout le moins, elle semble poser une présomption de conformité de présomption des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne⁷⁷⁵. Il serait néanmoins préférable que cette présomption ne soit pas irréfragable. Ainsi, une décision de justice ne devrait pas être reconnue et exécutée dans un État membre si les droits fondamentaux reconnus par l'article 6 de la Convention tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg – pour ce qui nous intéresse ici – n'ont pas été respectés dans l'État d'origine. Il ne s'agit donc pas de créer des règles de procédure rapprochées pour les litiges de droit international privé, mais plutôt de contrôler, dans le cadre de l'ordre public conservé

⁷⁶⁹ Voir, par exemple, l'article 45 §1 *litera a* du règlement Bruxelles I bis.

⁷⁷⁰ CJCE, Affaire C-7/98, 28 mars 2000, *Dieter Krombach contre André Bamberski*, Recueil 2000 I-01935, Conclusions Antonio Saggio

⁷⁷¹ BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome II – Partie Spéciale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, spéc. n°620-13, p.14

⁷⁷² Voir, par exemple, s'agissant de l'action collective, *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2

⁷⁷³ CEDH, Requête 12747/87, *Drozdz et Janousek contre France et Espagne*, 26 juin 1992, spéc. §110.

⁷⁷⁴ CEDH, Requête 30882/96, *Pellegrini contre Italie*, 20 juillet 2001

⁷⁷⁵ CEDH, Requête 45036/98, *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim şirketi contre Irlande*, 30 juin 2005 ; CEDH, Requête 3890/11, *Povse contre Autriche*, 18 juin 2013 ; CEDH, Requête 17502/07, *Avontins contre Lettonie*, 25 février 2014.

dans la plupart des instruments européens⁷⁷⁶, celles existant déjà à plus grande échelle. Dans certains cas, le risque devra tout de même être analysé lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la nécessité ou non d'une règle matérielle.

C. L'absence de défiance à l'égard du *forum shopping*

214. L'incitation européenne au *forum shopping*. Les règlements européens, et particulièrement le règlement Bruxelles II bis, par les nombreux facteurs de rattachement proposés, peuvent être considérés comme des incitations au *forum shopping*⁷⁷⁷ voire une institutionnalisation⁷⁷⁸ de celui-ci. En effet, la multiplicité des chefs de compétence, souvent non hiérarchisés, conduit inévitablement à un choix du plaideur entre ces différentes juridictions également compétentes. Ce choix, opéré selon des considérations géographiques, législatives mais aussi procédurales constitue, nous l'avons dit, le *forum shopping*.

Si les règlements européens eux-mêmes le favorisent, il peut alors paraître étrange d'y associer l'idée de risque, comme nous avons pu l'évoquer précédemment et comme le perçoivent certains auteurs⁷⁷⁹. Cependant, l'idée de confiance mutuelle sous-tendant la définition de l'espace judiciaire européen⁷⁸⁰ pourrait être mise à mal par une trop forte concurrence des systèmes juridiques. En effet, une situation concurrentielle pourrait entraîner des volontés de créer des différences plus importantes entre les diverses législations. Or, ce sont ces différences trop importantes qui réduisent la confiance dans la décision étrangère, celle-ci semblant beaucoup trop éloignée des conceptions du for. L'Union européenne paraît cependant s'en accommoder, peut-être, et sans doute, au prix d'un rapprochement des règles matérielles procédurales qui réduirait les incitations.

215. Un contrôle rigoureux du *forum shopping*. Néanmoins, même si elle tend parfois à l'inciter, l'Union, par l'intermédiaire de la jurisprudence de sa Cour de justice,

⁷⁷⁶ Voir, par exemple, Règlement Bruxelles I bis (Règlement [UE] n°1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [refonte], JOUE L351 du 20 décembre 2012), article 45 §1 a). Plus généralement, voir Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 9 e).

⁷⁷⁷ Sur cette question, voir SAGAUT (J.-F.) et CAGNIART (M.), « Regard communautaire sur le Forum shopping et le Forum non conveniens », *PA*, 2005, n° 74, p.51 ; CORNUT (E.), *Théorie critique de la fraude à la loi – Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, n° 374, p.220

⁷⁷⁸ SAGAUT (J.-F.) et CAGNIART (M.), précité.

⁷⁷⁹ Sur cette idée de « *risque de forum shopping* », voir, par exemple LAGARDE (P.), « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 1991, p.287, n° 2 ; ou encore, AZZI (T.), « Tribunal compétent et loi applicable en matière d'atteintes aux droits de la personnalité commises sur internet (à propos de CJUE 25 oct. 2011, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising* et *Olivier Martinez*) », *D.*, 2012, p.1279, n°5.

⁷⁸⁰ Sur celle-ci, cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1

exerce un contrôle de l'exercice du pouvoir ainsi octroyé aux plaideurs. En effet, force est de constater qu'elle condamne la fraude à la compétence, et surtout, l'abus de droit dans l'exercice de l'option de compétence⁷⁸¹. Plus encore, sans se tourner vers le droit procédural des États membres pour sanctionner les plaideurs fautifs, la Cour a créé ses propres règles en posant deux critères cumulatifs à l'abus de droit : le détournement de la finalité du droit et la proportionnalité⁷⁸². Ainsi, tout en l'intégrant à l'espace judiciaire européen, l'Union s'est parée d'instruments pour en contrôler les risques⁷⁸³.

216. Conclusion de la section. L'étude de la législation européenne démontre, nous l'avons vu, que la plupart des difficultés soulevées par les auteurs internationalistes sont, aujourd'hui, résolues dans le cadre de l'Union. L'évidente solution de l'unification de la catégorie « procédure » a, comme de juste, été employée par l'Union européenne. Mais la mise en place de règles procédurales matérielles a d'ores et déjà été pratiquée et celles-ci ont permis de pallier certaines difficultés relatives à la distinction entre la procédure et la compétence. Du point de vue conflictuel, ne restent, aujourd'hui, que quelques difficultés catégorielles⁷⁸⁴, les problèmes méthodologiques soulevés ayant trouvé un écho dans les instruments européens.

⁷⁸¹ Voir, par exemple, CJCE, Affaire 220/84, 4 juillet 1985, A.S. *Autoteile*, Recueil 1985 page I-02267, Conclusions Carl Otto Lenz.

⁷⁸² Sur ces critères, voir CORNUT (E.), *Théorie critique de la fraude à la loi – Étude de droit international privé de la famille*, Préface de H. Fulchiron, Defrénois, 2006, n°648 et s., pp.360 et s. Pour plus de développements sur la sanction de l'abus de *forum shopping*, voir l'article précité SAGAUT (J.-F.) et CAGNIART (M.), « Regard communautaire sur le Forum shopping et le Forum non conveniens », *PA*, 2005, n° 74, p.51 (I. B. 1.) et NUYTS (A.), « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p.745. Sur l'abus de droit d'agir dans l'espace judiciaire européen, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, C.

⁷⁸³ Pour un appel au développement de cet instrument qu'est la sanction de l'abus dans le cadre du *forum shopping* particulièrement dans le règlement Bruxelles I bis, voir USUNIER (L.), « Le règlement Bruxelles I Bis et la théorie de l'abus de droit », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d'E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.449

⁷⁸⁴ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

217. Une mise en œuvre conflictuelle délicate. La définition de la procédure et sa nature, tant en droit interne qu'en droit international, tendent à complexifier la délimitation de la catégorie « procédure » en droit international privé. Les liens entre la procédure et la compétence, et entre la procédure et le fond du droit sont indiscutables. Or, s'ils n'ont que peu d'incidence dans un litige de droit interne, la méthode conflictuelle dans un litige transfrontière souffre de telles problématiques. De pareilles difficultés de définitions catégorielles engendrent d'évidentes incertitudes dans la mise en œuvre du principe universel précédemment rappelé selon lequel la procédure, en droit international privé, doit être soumise à la loi du juge saisi. Ainsi, conflit de catégories, conflits de qualifications, renvoi de qualifications, difficultés de reconnaissance et *d'exequatur* des décisions étrangères et *forum shopping* sont autant de difficultés méthodologiques résultant des premières.

218. Les solutions du droit européen. L'Union européenne, par son action, a déjà limité les doutes quant à ce qui entrait ou non dans le domaine de la loi procédurale par rapport aux règles de compétence ou à la loi applicable au fond. En agissant ainsi sur la catégorie « procédure » — par exemple, par l'établissement, dans les règlements concernés, de la liste de ce qui rentrait ou non dans le domaine de la *lex causae* — l'Union a, corollairement, mis à mal les difficultés méthodologiques qui en résultaient. La prescription, ou encore la réparation, sont expressément soumises à la *lex causae* et par là même exclues de la catégorie « procédure ». Les difficultés méthodologiques, dans leur aspect général, ont également fait l'objet de réponses particulières. Le renvoi de qualification est, par exemple, largement exclu du droit international privé européen. La méthode conflictuelle semble donc relativement libre de toutes difficultés, ou tout du moins d'une grande partie. En effet, quelques incertitudes — qu'il convient évidemment d'annihiler — persistent, mais il ne nous semble pas que leur résolution permettrait de répondre aux objectifs liés à la procédure en droit européen.

CHAPITRE 2

LA PERSISTANCE EUROPEENNE DE DIFFICULTES RELATIVES A LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE *LEX FORI REGIT PROCESUM*

219. Des difficultés persistantes. Force est de constater, aux vues des développements précédents, que beaucoup de difficultés relatives à la méthode conflictuelle et au principe *lex fori regit procesum* ont, à ce jour, été réglées par l'Union européenne. Il apparaît alors légitime de se demander si persistent d'autres achoppements ou si l'action de l'Union européenne est arrivée à son paroxysme en la matière. Or, l'étude des divers actes législatifs européens et de la jurisprudence laisse à penser que subsistent quelques complications qu'il conviendrait de résoudre (*Section 1*). Le principe de proximité, mis en œuvre par le critère de la neutralité préalablement dégagé, devra évidemment, dans cette entreprise, être gardé à l'esprit.

220. L'insuffisance de la méthode conflictuelle. Néanmoins, on peut douter de la pertinence de la méthode conflictuelle pour parvenir aux objectifs de l'Union européenne en matière d'espace judiciaire européen et de procédure lorsque l'on met en perspective ces derniers avec les solutions apportées, ou à apporter, relativement au principe *lex fori regit procesum*. En effet, il semblerait que la simple résolution des difficultés résiduelles persistantes ne permette pas de parvenir à ces objectifs. Cela nous conduira à devoir rejeter la méthode conflictuelle à elle seule, celle-ci étant non pas inutile, mais insuffisante (*Section 2*).

**SECTION 1 : LA PERSISTANCE DE L'EXISTENCE DE DIFFICULTES LIEES A LA METHODE
CONFLICTUELLE**

221. Quelques difficultés persistantes. L'analyse des différentes réglementations édictées par l'Union européenne en droit international privé et leur mise en parallèle avec les difficultés de délimitation de la catégorie « procédure » que la doctrine a pu soulever font apparaître quelques foyers de difficultés persistantes. En l'absence d'une qualification unifiée, les règlements européens reçoivent, ou tout du moins, pourraient, recevoir des interprétations et des applications différentes selon les États à propos de ces quelques points. Du reste, la lecture de la jurisprudence nationale et européenne à propos de ces questions montre parfois qu'il existe de réels écueils notamment en raison de l'absence d'uniformisation totale de la catégorie.

L'action en justice est une première source de difficultés, que ce soit par rapport à la compétence ou au fond du droit. L'un et l'autre n'appellent sans doute pas les mêmes techniques de résolution (§1). Les intérêts moratoires sont également un foyer de discussion, mis en exergue par la soumission des conséquences de l'inexécution des obligations à la *lex causae* dans le règlement Rome II (§2). Existente aussi des difficultés plus particulières relatives à certaines matières dont l'essence même est d'être tout à la fois, processuelle et substantielle. Le divorce est à cet égard particulièrement parlant (§3).

§ 1 : L'ACTION EN JUSTICE

222. Position du problème. Excluant la procédure civile du champ de ses instruments⁷⁸⁵, l'Union européenne ne traite que très peu de l'action en justice. Or, comme il a déjà pu être relevé précédemment, cette notion est l'emblème des questions à la lisière entre la procédure et le fond du droit⁷⁸⁶ (B). Mais avant même de s'interroger sur la qualification de l'action en justice, il est indéniable qu'il existe une relation pouvant être source de difficultés entre la procédure et la compétence (A).

A. L'action en justice, entre procédure et compétence

223. Le lien entre la recevabilité et la compétence : illustrations jurisprudentielles. L'étude de la jurisprudence européenne tend à démontrer que certaines

⁷⁸⁵ Voir, par exemple, article 1§3 du règlement Rome I.

⁷⁸⁶ NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préface de B. Goldman, Economica, 1986, n°16, p.14, et surtout, n°20 et s., pp.18 et s.

règles pourtant purement procédurales pouvaient avoir une incidence sur la compétence juridictionnelle. Or, seule cette dernière est unifiée par la réglementation de l'Union. Partant, une difficulté semble émerger dans l'articulation entre les dispositions supranationales et les règles procédurales nationales relatives à la recevabilité et donc à l'action en justice.

En effet, dans l'arrêt *Kongress Agentur Hagen* déjà évoqué précédemment⁷⁸⁷, il était question de ces interactions et de leurs conséquences. Dans cette affaire étaient particulièrement en cause les règles de recevabilité des demandes en garantie. Une société allemande, la société Kongress Agentur Hagen avait annulé la réservation de chambres d'hôtel auprès d'une société néerlandaise, et pour le compte d'une société tierce. La société néerlandaise a alors assigné la société Kongress devant les juridictions néerlandaises sur le fondement de l'article 5§1 de la Convention de Bruxelles⁷⁸⁸ en paiement de dommages-intérêts. La question était alors de savoir si le tribunal de La Haye était également compétent pour statuer sur la demande d'appel en garantie formée par la société Kongress à l'encontre de la société tierce sur le fondement de l'article 6§2 de la Convention. À cette fin, elle avait demandé à ce que la juridiction néerlandaise cite à comparaître la société tierce en application du droit procédural néerlandais. Le tribunal hagueois a alors refusé cette demande au motif que l'article 6§2 ne créerait qu'une faculté et qu'en l'espèce, l'utilisation de cette faculté retarderait et compliquerait la procédure au principal. C'est dans ce cadre qu'est apparue la difficulté de la différenciation de la recevabilité et de la compétence et donc de la procédure et de la compétence. En effet, dans le cas présent, ce n'était pas la compétence dérivée établie sur le fondement de l'article 6§2 qui était remise en cause, mais la recevabilité de la demande en garantie. Or, avocat général⁷⁸⁹, juges⁷⁹⁰ et doctrine⁷⁹¹ s'accordent pour décider que ce sont deux problèmes différents. Cependant, et c'est en ce sens que la distinction apparaît floue, les conditions de recevabilité peuvent parfois jouer sur la compétence comme en l'espèce. En effet, de façon moins directe que dans le cadre de la gestion des conflits de procédure, l'application des règles de recevabilité des demandes, règles procédurales par nature, peut influencer l'exercice d'un chef de compétence. En l'espèce, il s'agissait alors des règles

⁷⁸⁷ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §1, A, 2.

⁷⁸⁸ Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, remplacée par le règlement Bruxelles I susmentionné pour les actions entamées après le 1^{er} mars 2002.

⁷⁸⁹ Conclusions Carl Otto Lenz, points 22 à 26

⁷⁹⁰ Arrêt *Kongress* précité, point 17 : « il convient de souligner que la convention n'a pas pour objet d'unifier les règles de procédure, mais de répartir les compétences judiciaires [...]. Il y a donc lieu de distinguer nettement la compétence des conditions de recevabilité d'une demande. »

⁷⁹¹ Voir notamment, HUET (A.), note *JDI*, 1991, p.498 et en particulier, p.501 ; TAGARAS (H.), note *CDE*, 1990, p.701 ; ou encore, GAUDEMET-TALLON (H.), note *RCDIP*, 1990, p.564

néerlandaises liées à des considérations de temps et d'argent qui ont empêché l'exercice de la compétence dérivée en application de l'article 6§2 de la Convention de Bruxelles. C'est dans ce contexte que la Cour de justice des Communautés européennes a décidé que l'application des règles de recevabilité ne pouvait porter atteinte à « *l'effet utile de la Convention* ». Elle ajoute que « *le juge ne saurait appliquer des conditions de recevabilité prévues par le droit national qui auraient pour effet de limiter la mise en œuvre des règles de compétence prévues par la Convention* »⁷⁹².

Dans le même sens, et de façon très critiquable⁷⁹³, la Cour de justice a estimé que l'article 6§1 sur les codéfendeurs trouvait à s'appliquer alors même que l'action principale était irrecevable du fait d'une procédure collective. En effet, dans l'arrêt *Reisch Montage*⁷⁹⁴, un débiteur – domicilié en Autriche – et sa caution – domiciliée en Allemagne ont été attirés devant les juridictions autrichiennes. La compétence de ces dernières était établie sur le fondement de l'article 2 du règlement à l'égard du premier, et de l'article 6§1 à l'égard de la seconde. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur a rendu l'action contre celui-ci irrecevable. S'est alors posée la question de la persistance de la compétence des juridictions autrichiennes pour statuer contre la caution. Or, alors même que la Cour de justice ne fait pas de l'article 6§1 un chef de compétence autonome et qu'elle insiste sur le critère de l'inconciliabilité des décisions pour le mettre en œuvre⁷⁹⁵, elle a admis la compétence des juridictions autrichiennes. Si cet arrêt illustre une nouvelle fois l'influence que peut avoir la recevabilité des demandes sur l'exercice des compétences édictées par le règlement, la Cour n'a pas pris le parti d'en tirer les conséquences. En effet, elle décide ici d'appliquer la compétence dérivée sans tenir compte de l'effet de la recevabilité de la demande principale. C'est finalement faire une application stricte et excessive de la différenciation entre la procédure et la compétence sans prendre en compte l'influence de l'une sur l'autre. La Cour de justice des Communautés européennes n'écarte pas directement la règle procédurale au profit des règles de compétence unifiée. Mais elle en écarte les conséquences logiques, en l'occurrence l'absence de litige principal qui devrait conduire à refuser la compétence dérivée.

⁷⁹² Arrêt *Kongress* précité, point 20

⁷⁹³ Voir, par exemple, PATAUT (E.), « Y a-t-il pluralité de défendeurs lorsque l'action est irrecevable contre l'un d'eux en faillite ? », *RCDIP*, 2007, p.175

⁷⁹⁴ CJCE, Affaire C-103/05, 13 juillet 2006, *Reisch Montage AG contre Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, Recueil 2006 I-06827, Conclusions Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer

⁷⁹⁵ Dans un arrêt du même jour, la Cour de justice a insisté sur l'importance de cette notion d'inconciliabilité en refusant l'application de l'article 6§1 à des litiges portant sur la violation alléguée d'un même brevet par différentes sociétés d'un même groupe, chacune sur leur territoire (CJCE, Affaire C-539/03, 13 juillet 2006, *Roche Nederland BV e.a. contre Frederick Primus et Milton Goldenberg*, Recueil 2006 I-06535, Conclusions Philippe Léger).

Plus encore, la Cour de justice semble ici agir en contradiction avec des règles de procédure en droit international privé qu'elle a elle-même posées.

Plus récemment encore, la Cour de justice eut à connaître de ces interférences entre règles nationales de procédure et compétence juridictionnelle. Dans l'arrêt *Folien Fisher*, en date du 25 octobre 2012⁷⁹⁶, était en cause une action en constatation négative. Une société italienne soutenait, dans une lettre leur étant adressée, que deux sociétés suisses commercialisant des produits en Allemagne étaient en contradiction avec le droit de la concurrence. Ces dernières, avant toute action de la société italienne, saisirent les juridictions allemandes sur le fondement de l'article 5§3 du règlement Bruxelles I afin que celles-ci constatent qu'aucun fait dommageable ne s'était produit, et donc que leur responsabilité n'était pas engagée à l'encontre de la société italienne. Conformément à sa jurisprudence antérieure, mais à l'encontre des conclusions de son avocat général⁷⁹⁷, la Cour admet la possibilité de fonder une action négative sur les dispositions du règlement relatives à la responsabilité délictuelle. Toutefois, la Cour de justice s'attache à rappeler au point 50 la distinction qui existe entre la compétence juridictionnelle et la recevabilité de la demande⁷⁹⁸. Aussi, si la juridiction allemande était en l'espèce bien compétente, il lui était tout à fait possible de déclarer l'action irrecevable en application des règles procédurales du for. Partant, l'exercice de la compétence fondée sur le règlement européen, s'il est effectif, n'en demeurera pas moins totalement inefficace du fait du jeu des règles procédurales nationales. Madame le Professeur Muir Watt et Monsieur le Professeur Théry relèvent même que cette donnée est, une nouvelle fois, source de *forum shopping*⁷⁹⁹. Pour ce dernier, « *la manipulation des options de compétences devient facile* »⁸⁰⁰. Il estime dès lors que la distinction ne serait pertinente

⁷⁹⁶ CJUE, Affaire C-133/11, 25 octobre 2012, *Folien Fisher AG c/Ritrama SpA*, Conclusions Niilo Jääskinen

⁷⁹⁷ « 43. Toutefois, j'estime que si une telle action est exercée en matière délictuelle, c'est non pas la règle de compétence spéciale posée par l'article 5, point 3, dudit règlement, mais la règle de compétence générale énoncée à l'article 2 du même règlement qui doit trouver application, pour les raisons que je vais exposer ci-dessous. »

⁷⁹⁸ « Dans ces conditions, la spécificité de l'action en constatation négative, rappelée au point 42 du présent arrêt, n'a pas d'incidence sur l'examen qu'une juridiction nationale doit effectuer pour vérifier sa compétence judiciaire en matière délictuelle ou quasi délictuelle, dès lors qu'il s'agit uniquement d'établir l'existence d'un point de rattachement avec l'État du for. » Voir également, dans le même sens, le point 42 des conclusions de l'avocat général.

⁷⁹⁹ MUIR WATT (H.), note *RCDIP*, 2013, p.501 ; THERY (Ph.), « Quand la procédure joue contre la compétence : quelques exemples empruntés au contentieux international », *RTD Civ.*, 2013, p.166

⁸⁰⁰ THERY (Ph.), « La compétence », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.45, spéc. p.53.

qu'en ce qu'elle permettrait au juge national d'apprécier la recevabilité d'une action déterminée, et non s'agissant des « règles générales »⁸⁰¹ de recevabilité.

224. Résolution partielle de la difficulté. Les deux solutions semblent radicalement opposées. Dans les deux premières affaires, les règles de procédure ont été écartées – ou n'ont pas l'influence escomptée – au profit des règles européennes de compétence alors que dans la troisième, les deux temps du raisonnement du juge mis en avant par l'avocat général⁸⁰² et la Cour ont permis de conserver l'application de deux corps de règles. Cette différence peut sembler se justifier en ce que dans les deux premières affaires, les chefs de compétence édictés par les dispositions européennes n'auraient pas du tout trouvé à s'appliquer. Toutefois, n'est-ce pas quelque peu artificiel de distinguer compétence et recevabilité afin d'appliquer sans difficulté les deux corps de règles contradictoires, créant, en définitive, une fausse compétence en action négative ? Imaginons qu'un justiciable veuille intenter une action négative en France où celle-ci n'est pas connue en principe. Les règles procédurales françaises⁸⁰³, tout comme dans l'arrêt *Kongress* ou *Reisch Montage*, viendraient finalement empêcher l'exercice d'une compétence fondée sur le règlement Bruxelles I et porteraient donc atteinte à l'effet utile des dispositions européennes⁸⁰⁴.

L'Union européenne adopte alors une approche casuistique et partielle : elle établit une hiérarchisation, les dispositions européennes primant le droit procédural national, ou se contente de départir les deux questions sans se soucier des conséquences pratiques. Une telle réponse n'est évidemment pas satisfaisante aux vues des objectifs de l'Union européenne de garantir une certaine égalité procédurale. Toutefois, en réalité, ce n'est pas tant la délimitation

⁸⁰¹ THERY (Ph.), « Quand la procédure joue contre la compétence : quelques exemples empruntés au contentieux international », *loc. cit.*

⁸⁰² En réalité, ce sont quatre temps du raisonnement du juge que l'avocat général met en avant :

« 28. Tout d'abord, ladite juridiction est tenue de vérifier qu'elle est bien internationalement compétente, en particulier au regard des dispositions du règlement n°44/2001. Cette problématique fait seule l'objet de la question qui a été posée par la juridiction de renvoi dans la présente affaire.

29. La juridiction compétente doit alors examiner s'il existe en droit national des règles de procédure, telles que celles tenant à des conditions de recevabilité, qui seraient susceptibles d'empêcher la poursuite de l'action. Ce n'est qu'à ce niveau que peut se poser la question de l'intérêt à agir de la partie demanderesse.

30. Ensuite, ladite juridiction doit rechercher quelle est la loi applicable, par le truchement des règles de conflit de lois contenues dans les textes de droit de l'Union, de droit international ou, subsidiairement, de droit national qui sont en vigueur dans l'État membre dans lequel elle siège.

31. Enfin, et seulement à ce stade, elle doit appliquer au litige, de façon concrète, la législation désignée par la règle de conflit de lois pertinente. Ces dispositions de droit matériel déterminent, en particulier, les conditions dans lesquelles le fait générateur peut être considéré comme dommageable à l'égard de la victime, ainsi que les éléments de preuve que cette dernière doit produire à l'appui de sa demande de réparation »

⁸⁰³ Est en cause ici l'exigence d'un intérêt né et actuel que nous qualifierons de procédurale.

⁸⁰⁴ Pour l'utilité d'une telle manœuvre, voir CUNIBERTI (G.), « Action déclaratoire et droit judiciaire européen », *JDI*, 2004, p.77

de la catégorie qui est délicate, mais l'indubitable influence des règles procédurales sur la compétence juridictionnelle. Une réponse, liée à la méthode conflictuelle, sous forme de qualification n'aurait donc aucune portée. L'application du critère chronologique plaçant l'établissement de la compétence avant la mise en œuvre des règles procédurales permet aisément une partition ici, mais celle-ci n'est que théorique. La pratique montre que ce critère n'est pas infaillible. En effet, certaines dispositions paraissant pourtant procédurales agissent plus ou moins directement sur la compétence. Il s'agit alors de trouver comment articuler ces différentes règles. L'ensemble des règles de procédure ne doit pas porter atteinte à « *l'effet utile* » des règlements européens⁸⁰⁵. Celui-ci devrait cependant s'entendre dans un sens global c'est-à-dire par référence aux objectifs de la règle posée. Aussi, serait-il possible d'articuler ainsi les règles de procédure nationales et les règles de compétence unifiées : les règles procédurales nationales trouvent à s'appliquer tant qu'elle n'empêche pas de façon systématique et générale l'exercice d'une compétence unifiée, les objectifs de celle-ci devant être nécessairement pris en compte. Toutefois, il apparaît que certaines règles de compétence unifiées impliquent que les règles de procédure aillent dans un seul sens, une disposition générale en sens contraire impliquant *ipso facto* l'inutilité totale de la compétence. Il conviendra, dès lors, de se tourner vers des règles matérielles. Cela nous semble être le cas de l'exigence d'un intérêt né et actuel, dont l'interprétation devrait être harmonisée⁸⁰⁶.

B. L'action en justice, entre procédure et fond

225. La définition comme source de difficultés. L'idée séduisante d'une catégorie propre à l'action en justice soumise à « *la loi de l'institution pour le fonctionnement de*

⁸⁰⁵ Ainsi, concernant la détermination du domicile du défendeur, voir CJUE, Affaire C-292/10, 15 mars 2012, *G contre Cornelius de Visser*, Conclusions Cruz Villalón. Sur l'influence de l'effet utile sur l'autonomie procédurale, voir BARIATTI (S.), intervention TCFDIP, 23 mai 2014

⁸⁰⁶ A l'inverse, la pratique du *good arguable case* ne nous paraît pas rentrer dans ces difficultés. D'une part, il semblerait qu'elle soit parfois exclue dans le cadre du droit européen. L'article 6.33 des *Civil procedure rules* (disponibles sur <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06#6.33>) écarte ainsi le besoin d'une autorisation des juges pour notifier ou signifier à un justiciable à l'extérieur du territoire anglais, fondée sur le *good arguable case test*, dans le cadre des règlements européens. D'autre part, dans le cas où elle ne l'est pas (HO [L. C.] « Pragmatism rules », 50 *International and Civil Law Quarterly*, 2001, p.632, spéc. p.634 : « *It can now safely be said that the jurisdictional prerequisites of English courts are to be judged by the "good arguable case" standard, whether or not they arise in a Convention context. This must be correct for if a different standard of proof were to be applied to the Convention, English courts could be accused of practising double standards and it is hard to see any good policy reason why the Convention should require a different standard of proof* »), elle ne nous semble que sensiblement différente de notre exigence d'intérêt légitime. Or, si ces règles de recevabilité pourraient empêcher l'exercice d'une règle de compétence unifiée du fait de l'irrecevabilité de la demande, il ne s'agit pas d'un refus général et systématique. Et, c'est précisément seul ce dernier qui nous conduit à envisager l'exclusion des règles nationales, voire l'harmonisation européenne.

laquelle ces conditions ont été élaborées »⁸⁰⁷ a été avancée et défendue par Madame le Professeur Niboyet. L'action en justice ne serait donc ni soumise à la loi du for en tant que loi de procédure, ni soumise à la *lex causae*. Toutefois, l'auteur ne semble pas avoir été suivie intégralement dans ses conclusions par le droit positif⁸⁰⁸, et particulièrement par le droit européen. Aussi, convient-il d'en voir les éléments indépendamment de cette proposition bien qu'en définitive, les uns et les autres se rejoignent fréquemment⁸⁰⁹. Partant, certaines composantes de l'action en justice se voient soumises, par les droits nationaux, à la loi applicable au fond du litige et, par conséquent, aux règlements européens. Toutefois, la nature hybride de l'action en justice entraîne le risque, pour l'Union européenne, de ce que les États membres adoptent des qualifications divergentes, et, par suite, appliquent différemment les règlements européens en dépit de leur vocation unificatrice.

Les difficultés de catégorisation de l'action en justice tiennent à sa définition même de laquelle découle sa nature (1). Au-delà, les conditions de son existence et de son exercice participent de ces hésitations dans la qualification à apporter à cette notion, qu'il s'agisse des conditions subjectives (2) ou objectives (3) pour agir en justice.

1. La définition de l'action en justice

226. Définition générale. Le Code de procédure civile, en son article 30, définit l'action en justice comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* ». À partir de cette définition, la doctrine processualiste a distingué l'action en justice de deux notions qui lui sont proches : la demande en justice et le droit litigieux. De ces distinctions, il est possible de déduire la nature hybride de l'action en justice, source de difficulté dans la qualification de cette notion.

227. Distinction des notions proches et nature hybride. Elle est, d'une part, distincte de la demande en justice qui correspond à la mise en œuvre procédurale de l'action. C'est l'acte de procédure, à proprement parler, permettant d'exercer l'action qui est elle-même le droit de saisir un juge pour faire entendre une prétention. Néanmoins,

⁸⁰⁷ *Ibid.*, n°139, p.63.

⁸⁰⁸ Pour une interprétation contraire selon laquelle la proposition de Madame le Professeur Niboyet reflète parfaitement le droit positif, voir CAYROL (N.), « Action en justice », Rép. Procédure Civile Dalloz, 2007, n°148 et s.

⁸⁰⁹ Il est à noter que cette loi coïncide fréquemment, mais pas exclusivement, avec la loi applicable à la substance, d'où une identité de solution.

l'indépendance entre les deux notions est en partie limitée. Par exemple, alors que la demande en justice interrompt la prescription, l'irrecevabilité de l'action anéantit cet effet⁸¹⁰.

Elle est, d'autre part, par sa définition même, distincte du droit qu'elle protège. En effet, dans son sens courant, l'action en justice se définit comme « *la sanction d'un droit subjectif, la voie de droit ouverte pour la protection judiciaire d'un droit ou d'un intérêt légitime* »⁸¹¹. De même, nous l'avons déjà dit, dans son sens précis et technique tiré de l'article 30 du Code de procédure civile, il s'agit du « *droit [...] d'être entendu sur le fond* ». Elle est donc elle-même un droit indépendant du droit qu'elle protège. Cependant, elle n'est pas sans lien avec ce dernier. La doctrine classique confondait même les deux notions considérant que l'action, « *c'est le droit en mouvement* »⁸¹². Ainsi, le droit protégé est une condition de l'action en justice⁸¹³, le contentieux objectif étant absent des procès civils. Par ailleurs, les actions sont classées selon la nature du droit protégé (mobilier, réel, personnel...). Enfin, les caractéristiques des conditions de l'action en justice manifestent souvent le lien existant entre l'action et le droit, d'où, au demeurant, de réelles difficultés dans la qualification de l'action en justice : procédure ou fond ?

Pour résumer, l'action en justice est le lien entre le fond et la procédure tout en n'appartenant ni à l'un ni à l'autre sans, toutefois, en être totalement détachée. Elle emprunte donc des éléments aux deux branches de catégories ce qui conduit inévitablement à une nature hybride de la notion, et, par voie de conséquence, à une difficulté de délimitation de la catégorie « procédure ». Cette aporie dans la différenciation, entraînant un doute quant à l'application uniforme des réglementations européennes, s'exprime encore plus dans chacune des conditions de l'action.

2. Les conditions subjectives de l'action en justice

228. Définition des conditions subjectives. Traditionnellement, la capacité à agir était présentée comme une condition d'existence de l'action. Elle est aujourd'hui plutôt rattachée à son exercice⁸¹⁴. Toutefois, elle ne diffère en rien de la capacité générale nécessaire pour exercer tout droit subjectif⁸¹⁵. En ce sens, elle ne ressortit finalement pas

⁸¹⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 22 mai 2002, *Bull. Civ. I*, n°141 ; *D.*, 2002, Somm. 3178, Obs. H. Groutel

⁸¹¹ V° Action, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.24

⁸¹² Selon la célèbre formule de Demolombe dans son *Cours de Code Napoléon*.

⁸¹³ Cette idée se retrouve dans l'existence d'un intérêt à agir. Cf. *infra*, B.

⁸¹⁴ Voir, par exemple, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n°356, p.265

⁸¹⁵ *Ibid.*, n°444, p.336

particulièrement à la procédure civile. Aussi, si le problème lié à la capacité à agir est clairement exclu des règlements européens, il ne fait aucune difficulté que la question ne doit pas pour autant être intégrée à la catégorie procédure. Elle est dès lors soumise, comme toute question de capacité, à la loi nationale du justiciable, ou à la loi qui régit l'entité⁸¹⁶. En revanche, les autres conditions subjectives de l'action en justice sont passées sous silence, certainement sous couvert de l'exclusion de la procédure. Pourtant, il est tout à fait possible de se demander si certaines de ces questions ne sont pas liées au fond plutôt qu'à la procédure.

L'article 31 du Code de procédure civile prévoit que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ». Cet article pose principalement l'intérêt (*b*) comme condition subjective de l'action et, dans certains cas, la qualité pour agir (*a*).

a. La qualité

229. Position du problème. Comme évoqué précédemment, le législateur associe, parfois, l'exigence de qualité pour agir à celle d'un intérêt suffisant. Cette condition pour agir existe en raison de la matière qui nécessite que soient limitativement énumérés les détenteurs de l'action en justice. L'exigence procédurale pour savoir qui est autorisé à agir en justice a donc une forte connotation substantielle. Certains auteurs ont même pu relever que la qualité n'était « *pas essentiellement procédurale* » dans la mesure où « *la règle est destinée à imposer le respect de l'une des prérogatives attachées au droit subjectif, la liberté d'en user ou de ne pas en user* »⁸¹⁷. Il y est ajouté que « *dans le cas d'action "attribuée", c'est-à-dire réservée à certaines personnes, c'est en fait le droit substantiel lui-même qui est réservé* »⁸¹⁸. Ces affirmations montrent bien l'ambiguïté de la notion de qualité et son influence sur la délimitation de la catégorie « procédure ».

230. Résolution du problème. La soumission au test de proximité semble ici attirer la qualité pour agir en justice dans le giron du fond, et non de la procédure. En effet, la

⁸¹⁶ Voir NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°607, p.417

⁸¹⁷ MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n°519, p.361.

⁸¹⁸ *Ibid.* Dans le même sens, en droit judiciaire privé interne, voir HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n°65, p.70.

justification première de cette exigence est étroitement liée à la matière en cause et non au déroulement de l'instance en elle-même. Elle est donc plus proche de la première que de la seconde, et devrait donc recevoir une qualification substantielle. De ce fait, la question de la qualité à agir devrait rentrer dans le domaine de la loi désignée comme applicable par les règlements européens dans chaque matière où l'Union a agi. Au demeurant, c'est la position qui semble se dégager de la jurisprudence bien qu'aucune qualification générale n'ait été dégagée. Cette solution a ponctuellement pu être décidée. Ainsi, il a été jugé que l'appréciation de la qualité pour agir en nullité devait s'apprécier au regard de la loi de la condition violée en tant que loi applicable à la nullité⁸¹⁹. De manière tout à fait exceptionnelle, et indirectement, c'est la solution choisie en matière d'obligations alimentaires par l'Union. Le règlement européen adopté en la matière opère, nous l'avons dit, un renvoi au protocole de La Haye de 2007 concernant la question de la loi applicable. Or, celui-ci, à l'image d'autres conventions adoptées dans le cadre de la conférence de La Haye⁸²⁰, inclut expressément en son article 11 la qualité dans le domaine de la *lex causae*.

Cette question entre également en jeu dans le cadre des actions de groupement. De la même façon, la qualité est, dans ce cadre, relativement hybride. S'il s'agit d'une règle procédurale en ce qu'elle ouvre, ou non, la possibilité d'une procédure judiciaire et en ce que son interdiction se justifie par la volonté de ne pas concurrencer les fonctions du Ministère public, le droit d'agir fait partie des prérogatives de la personne morale souhaitant agir. Il se rattache, par cet aspect, au fond, ou plus particulièrement à l'entité. Ainsi, comme pour la capacité, la loi personnelle de cette dernière ne doit pas être écartée⁸²¹. Toutefois, la question de l'intérêt à agir de ces groupements s'ajoute à ces conditions, et sur ce point, la qualification s'avère délicate.

b. L'intérêt à agir

231. Définition générale. L'intérêt à agir est une condition d'exercice de l'action en justice. Il s'agit de « *l'importance qui, s'attachant pour le demandeur à ce qu'il demande, le rend recevable à le demander en justice et à défaut duquel le demandeur est sans droit pour*

⁸¹⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 1963, *Patino*, *Bull. civ. I*, n°257 ; *JDI*, 1963, p.996, note P. Malaurie ; *JCP G*, 1963, II, 13366, note H. Motulsky ; *RCDIP*, 1964, note P. Lagarde où les magistrats ont entendu soumettre toutes les conditions de l'action en nullité à la loi de la condition violée. Dans le même sens, mais en particulier concernant la qualité à agir, voir implicitement Cass. 1^{ère} Civ., 13 octobre 1998, pourvoi n°96-21263, *inédit* ; *RCDIP*, 1999, p.281, note B. Audit.

⁸²⁰ Voir les dispositions similaires dans les conventions relatives aux accidents de la circulation routière et à la responsabilité du fait des produits défectueux.

⁸²¹ Cf. *infra* et NIBOYET (M.-L.), « Action de groupe et droit international privé », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.78

agir »⁸²². La doctrine relève que cette exigence d'un intérêt à agir semble avoir une portée universelle⁸²³. Les auteurs observent, par suite, que la question de la loi applicable à l'exigence ou non d'un intérêt à agir ne semble donc pas se poser. Cependant, ses caractères diffèrent d'un État à l'autre. Se pose alors la question de savoir si la loi de la procédure a une vocation exclusive à s'appliquer. Or, la nature hybride de l'action en justice se retrouve dans ces caractères et induit des difficultés de qualification. Ces dernières suscitent des doutes quant au domaine réel d'application des règlements européens. En prenant l'exemple du droit français, on relève traditionnellement que l'intérêt à agir doit être né, actuel, légitime, direct et personnel.

232. Un intérêt né et actuel. Les deux premiers critères ne semblent pas emporter d'hésitations quant à la qualification procédurale à y apporter. Ainsi, dans l'arrêt *Coveco*⁸²⁴, la Cour de cassation a explicitement décidé que « *l'exigence d'un intérêt né et actuel est commandée, en raison de son caractère procédural, par la loi du for* ». La doctrine approuve assez largement cette position en se fondant sur la délimitation de l'office du juge. Ce dernier ne serait institué que pour juger des litiges et non pour prodiguer des « *consultations juridiques* »⁸²⁵ sur des litiges éventuels. Par suite, l'exigence d'un intérêt né et actuel apparaît nécessairement procédurale puisqu'ayant trait au juge.

La jurisprudence européenne paraît implicitement reconnaître cette qualification. En effet, lors de l'examen, par la Cour de justice, des litiges posant des questions relatives à la compétence juridictionnelle par rapport à la procédure, il apparaît évident aux juges que la recevabilité ou non des actions préventives est une règle de procédure devant être soumise à la loi du for⁸²⁶. L'analyse sous le prisme du critère de la neutralité semble conforter ce point de

⁸²² V^o intérêt pour agir, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.563

⁸²³ En ce sens, voir NIBOYET-HOEGY (M.-L.), « Action en justice », Rép. Internat. Dalloz, 1998, n°56 ; ou encore, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°612, p.420 ; TERRE (F.), « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *TCFDIP*, 1964-1966, p.111, spéc. p.121.

⁸²⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 4 décembre 1990, *Bull. civ. I*, n°272, p.193 ; *JDI*, 1991, p.371, note D. Bureau ; *RCDIP*, 1991, p.558, note M.-L. Niboyet-Hoegy.

⁸²⁵ L'expression est assez largement employée. Voir, par exemple, BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°190, p.220, ou encore, NIBOYET-HOEGY (M.-L.), « Action en justice », *op. cit.*, n°60. De surcroît, cette dernière fait sortir la condition de la catégorie « action » qu'elle propose aux vues de ses liens avec le pouvoir juridictionnel.

⁸²⁶ Voir, en ce sens, l'arrêt *Folien Fisher* et les développements y afférents, *infra*, §4.

vue. Les caractères nés et actuels de l'intérêt à agir n'ont pas de lien avec la matière litigieuse : quelle qu'elle soit, elle n'aura pas ou peu d'influence sur l'actualité de l'intérêt⁸²⁷.

233. Un intérêt légitime. Néanmoins, dans ce même arrêt *Coveco*, les juges ont ajouté que « *la loi applicable au fond n'[est] à prendre en considération que si elle n'accorde pas de droits à celui qui agit en justice* ». Cette seconde partie d'attendu tend à démontrer les doutes quant à la qualification à apporter à l'intérêt et ses liens avec le fond du droit. Elle est, par ailleurs, et surtout, à rapprocher du caractère légitime de l'intérêt. Celui-ci est évidemment très lié au fond puisque c'est en s'interrogeant sur le fond du droit qu'il est possible au juge de déclarer l'intérêt légitime ou non. De fait, la condition de légitimité semble s'imposer comme une condition soumise au fond et non à la procédure.

Au demeurant, la persistance et la signification de ce caractère en droit interne soulèvent quelques hésitations. Si son existence ressort expressément de la lettre de l'article 31 du Code de procédure civile, il semblait, *a priori*, correspondre à l'existence d'un intérêt juridiquement protégé⁸²⁸. C'était alors se positionner plutôt au niveau du bien-fondé de la demande que de l'intérêt à agir en justice, ce que regrette la doctrine⁸²⁹, et ce que rejette la jurisprudence⁸³⁰. Une analyse renouvelée consisterait alors à voir dans cette condition l'exigence d'un intérêt sérieux et opportun, indépendamment du droit protégé⁸³¹. À partir de là, Monsieur le Professeur Huet a pu proposer la projection de cette distinction en droit international privé⁸³². Assimiler intérêt légitime et intérêt juridiquement protégé serait se placer sur le terrain du bien-fondé et induirait une qualification substantialiste ce qui, selon l'auteur, correspondrait à la seconde partie de l'attendu de l'arrêt *Coveco*. Cependant, l'analyse actuelle tend à considérer l'intérêt légitime comme un intérêt sérieux, indépendamment du fond du droit. Aussi, cette exigence devrait, de ce fait, être qualifiée de procédurale et soumise, à ce titre, à la loi du for. Et l'analyse nous semble pertinente. En effet,

⁸²⁷ Les difficultés rencontrées entre cet aspect de l'action en justice et la compétence nous ont cependant conduite à envisager la nécessité d'une règle matérielle (cf. *supra* A) que nous proposerons par la suite (cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A. 1).

⁸²⁸ C'est ainsi que la concubine n'était pas recevable à agir après le décès accidentel de son concubin pour défaut d'intérêt à agir jusqu'au célèbre arrêt *Dangereux* (Cass. Mixte, 27 février 1970, *Bull. civ. - Chambre mixte* n°1, D., 1970, p.201, note Combaldieu).

⁸²⁹ Par exemple, GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, n°137, p.150.

⁸³⁰ Voir, par exemple, récemment, Cass. 3^{ème} Civ. 10 juillet 2013, pourvoi n°12-19.082, *inédit*, « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action ».

⁸³¹ En ce sens, voir CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n°365, p.271-272.

⁸³² HUET (A.), « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) », J-CI Droit International, fasc. 582-10, n°56.

soumettre le droit d'agir à l'existence d'un intérêt sérieux a pour objectif de limiter les demandes fantaisistes amenées devant le juge afin de faciliter l'office de celui-ci. Or, à l'image du caractère né et actuel de l'intérêt, cette interprétation conduit à voir dans la légitimité de l'intérêt une exigence liée au juge et donc plus proche de la loi du juge saisi. Toutefois, à la différence des premiers, le lien avec la matière litigieuse reste tout de même ténu. Sans confondre la légitimité avec le bien-fondé de la demande, le caractère sérieux de l'intérêt ne semble pouvoir s'apprécier qu'à l'aune du droit substantiel. Aussi, une prise en considération de la *lex causae* s'avère nécessaire⁸³³.

234. Un intérêt direct et personnel : la problématique de l'action de groupe.

Enfin, le caractère direct et personnel de l'intérêt a trait aux questions d'action pour autrui, et, plus particulièrement, aux actions de groupe⁸³⁴. Les actions en cessation connaissant déjà, en partie, une harmonisation européenne⁸³⁵, nous nous intéresserons donc plus particulièrement aux actions de groupe en réparation. Plusieurs lois peuvent, dans ce contexte, trouver à s'appliquer. Il est de jurisprudence ancienne⁸³⁶ que la loi de l'entité règle les questions de capacité, cumulativement avec la loi du for – en tant que loi de procédure – puisqu'un « groupement ne saurait prétendre exercer en France plus de droits que ceux qui lui sont accordés par sa loi nationale ni dépasser les droits reconnus aux groupements français de type similaire »⁸³⁷. Par ailleurs, la *lex causae* a également un rôle à jouer tant l'admission de ce type de recours paraît liée aux matières concernées⁸³⁸. Au regard de la multiplicité des législations applicables, Madame le Professeur Niboyet note la très faible possibilité qu'une action collective puisse être menée en France. La loi de la procédure serait à elle seule un frein à une telle action, car, même si le droit français connaît aujourd'hui une réelle évolution

⁸³³ Dans le même sens, voir NIBOYET (M.-L.) et SERINET (Y.-M.), « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.87, spéc. p.93. Il ne s'agirait en définitive que d'une application particulière de la thèse de Monsieur Bolard selon laquelle les conditions d'existence de l'action seraient soumises à la *lex fori*, mais leur appréciation ne pourrait être menée qu'en prenant en compte la *lex causae*.

⁸³⁴ Sur la question en droit procédural interne, voir notamment AMRANI-MEKKI (S.), « Action de groupe et procédure civile », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.57 et en droit international privé, voir notamment NIBOYET (M.-L.), « Action de groupe et droit international privé », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.78, ou encore « L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières », *Gaz. Pal.*, 2000, doct. p.395.

⁸³⁵ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, C.

⁸³⁶ Cass. Crim., 15 octobre 1959, *RCDIP* 1963, p.56, note Loussouarn.

⁸³⁷ NIBOYET (M.-L.), « Action de groupe et droit international privé », *op. cit.*

⁸³⁸ En ce sens, voir BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°192, p.222.

en la matière⁸³⁹, le domaine limité de la loi nouvelle permet d'affirmer que le principe reste d'appliquer la règle *nul ne plaide par procureur*. Ainsi, les groupements ne peuvent pas, en principe, agir en réparation dans l'intérêt collectif⁸⁴⁰ ou dans l'intérêt d'autrui⁸⁴¹. Et l'application du principe de proximité ne permet pas, étant donné la complexité des questions en cause, de n'appliquer qu'une seule loi. Une qualification unique apparaît donc impossible.

Le risque du *forum shopping* apparaît alors avec une grande acuité. La médiatique affaire *Vivendi* en est le reflet⁸⁴². Des actionnaires du groupe, pour la plupart européens – et même français –, ont engagé une action de groupe contre la société française Vivendi, et deux de ses anciens dirigeants, aux États-Unis en raison de déclarations considérées comme fausses et trompeuses sur la situation financière de l'entreprise. Cette action n'était pas possible, ou plus difficile, dans les pays européens concernés dont la loi procédurale n'ouvre pas une telle possibilité. La méthode conflictuelle atteint ici ses limites. Ce sont des règles matérielles qui nous semblent nécessaires afin d'obtenir, au sein de l'espace judiciaire européen, un traitement harmonisé du problème indépendamment des divergences existant entre les

⁸³⁹ Jusque très récemment, n'existaient en droit français que quelques actions collectives en cessation. Il n'y avait aucune possibilité d'une action de groupe en réparation. Une telle action a été créée par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JORF n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n°1) et mise en œuvre par le décret d'application n°2014-1081 du 24 septembre 2014 (JORF n°0223 du 26 septembre 2014, p.15643, texte n°6). Toutefois, le domaine n'est limité qu'au droit de la consommation (et de manière incidente, au droit de la concurrence), et aux dommages matériels et patrimoniaux. Il s'agit donc d'une ouverture très sectorisée, et d'autres projets, dans d'autres domaines tels que la santé ont d'ores et déjà été annoncés, peut-être au risque d'une certaine incohérence. Sur ce texte, cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, B., 2 et voir notamment ARHEL (P.), « Volet "concurrence" du projet de loi "consommation" », *PA*, 2013, n°135, p.4 ; AZAR-BAUD (M. J.), « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.*, 2013, p.1487 ; MOLFESSIS (N.), « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p.947 ; NOURISSAT (C.), « Action de groupe : une vraie conquête démocratique... », *Procédures*, Octobre 2013, repère 9 ; PIEDELIEVRE (S.), « La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2014, n°88, p.11 ; REBEYROL (V.), « La nouvelle action de groupe », *D.*, 2014, p.940.

⁸⁴⁰ Par exception, les syndicats peuvent agir pour défendre l'intérêt de la profession qu'ils représentent (cf. CADIET [L.] et JEULAND [E.], *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n°382 et s., p.283 et s.). Les associations doivent, quant à elle, obtenir une habilitation spéciale leur permettant d'agir dans l'intérêt collectif, celui-ci étant proche de l'intérêt général protégé par le Ministère public (*Ibid.*, n°383 et s., p.271 et s.).

⁸⁴¹ Toujours par exception, un syndicat peut agir dans l'intérêt individuel d'un salarié dans certains cas limitativement énumérés par le Code du travail, ce dernier pouvant, évidemment, s'opposer à cette substitution (*Ibid.*, n°389, p.276 et s.). Certaines associations peuvent également agir dans l'intérêt de leurs membres devant les juridictions civiles sous certaines conditions (*Ibid.*, n°390 et s., p.278 et s.).

⁸⁴² Concernant la décision de certification du groupe, voir N. 02 civ.5571 (RJH) (HBP) SDNY march 26 2007 sur laquelle MUIR WATT (H.), « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétence déléguée : sur le droit international privé des actions de groupe (A propos de l'affaire *Vivendi Universal*) », *RCDIP*, 2008, p.581. Cette affaire a donné lieu à plusieurs actions en France, une action en référé d'un actionnaire contre le cabinet à l'origine de l'action de groupe (TGI Nanterre, ordonnance de référé du 27 août 2009), et une action sur le fond introduite par la société Vivendi tendant à faire déclarer l'action américaine constitutive d'un abus de droit sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (CA Paris, 28 avril 2010). Sur ces deux décisions, voir AUDIT (M.) et NIBOYET (M.-L.), « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une *class action* diligentée aux États-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2010, n°149, p.11.

différents États membres⁸⁴³. Certes, cela ne résoudra pas – cela serait utopiste – le problème du tourisme procédural dans des États aussi permissifs que les États-Unis. Mais il permettra une circulation plus sereine, car sécurisée, des décisions relatives à ces actions de groupe.

3. *Les conditions objectives de l'action en justice*

235. Problématique. Parmi les conditions objectives de l'action en justice se trouve la question du délai pour agir, et donc, de la prescription ou des délais préfix⁸⁴⁴. De prime abord, il paraît surprenant de se poser la question de la qualification de ceux-ci en matière contractuelle ou alimentaire dans le cadre de l'Union européenne, puisque, nous l'avons vu, la question semblait parfaitement réglée⁸⁴⁵. Plus précisément, il s'agit en réalité ici de s'interroger sur la qualification des règles de computation de ces délais et, principalement, de la loi applicable au point de départ du délai et aux causes d'interruption et de suspension de ceux-ci. Si les délais de prescription sont clairement à la lisière entre procédure et fond, il est légitime de se poser la question de savoir si c'est également le cas pour la computation de ces délais⁸⁴⁶. En effet, les règles y afférents semblent plus universelles que ne le sont les délais. Quel que soit le délai de prescription applicable, les méthodes et règles de calcul de celui-ci seront les mêmes indépendamment de la nature du droit protégé et donc du fond. Cette indépendance par rapport au fond induirait une qualification procédurale. Néanmoins, il est possible de se demander si la nature de la computation des délais n'est pas liée à celle des délais eux-mêmes. La question serait alors de savoir si la prescription doit être dépecée ou si elle ne forme qu'un tout indissociable.

Or, si l'article 15 h) du règlement Rome II précise expressément que sont soumises à la loi de la source de l'obligation « *les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension d'un délai de prescription ou de déchéance* », rien de tel n'est spécifié dans le texte de l'article 12 d) du règlement Rome I. Ce dernier se contente de viser « *les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai* ». La même absence se fait ressentir dans le protocole de La Haye auquel renvoie le règlement relatif aux obligations alimentaires. Une telle différence de formulation dans des règlements pourtant si proches du point de vue temporel et matériel, ou dans le protocole de La Haye alors que la précision est

⁸⁴³ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A., 2.

⁸⁴⁴ Cf. *supra* sur l'assimilation, dans le cadre de notre étude, des délais de prescription et de forclusion.

⁸⁴⁵ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, b.

⁸⁴⁶ Pour l'hypothèse de l'éventuelle intervention d'une autre loi, à savoir la loi du for, pour ces diverses questions, voir FAUVARQUE-COSSON (B.), « La prescription en droit international privé », *TCFDIP*, 2002-2004, p.235, spéc. p.251.

faite dans des conventions émanant de la même organisation, nous conduit à nous questionner sur le domaine exact de la loi du contrat, ou de l'obligation alimentaire, en matière de prescription.

236. Une solution évidente. La doctrine ne semble pas s'en émouvoir⁸⁴⁷, et sans doute à juste titre. En effet, l'impératif de cohérence, tout d'abord, invite à calquer la solution sur celle du règlement Rome II. Rien ne justifierait un dépeçage de la prescription en matière contractuelle ou alimentaire alors qu'il est expressément exclu en matière extracontractuelle. Du reste, le Considérant 7 du préambule du règlement Rome I, bien que la normativité de celui-ci soit âprement discutée⁸⁴⁸, appelle à cette homogénéité entre les divers instruments européens non seulement en ce qui concerne les qualifications, mais également, et c'est ce qui nous intéresse ici, pour ce qui est relatif aux dispositions⁸⁴⁹. Si une telle homogénéisation des qualifications est parfois critiquée⁸⁵⁰, il ne nous semble pas que cette désapprobation doive s'étendre aux dispositions du règlement. Au demeurant, s'il est possible d'imaginer que la soumission de la prescription à la *lex causae* puisse amener à un désaccord doctrinal, nous doutons de la pertinence d'un argumentaire qui défendrait le point de vue selon lequel la computation des délais de prescription en matière délictuelle est soumise à la loi applicable au

⁸⁴⁷ Nombreux sont les écrits relatifs au règlement Rome I. Si les auteurs relèvent, lors de l'examen du domaine de la loi du contrat, que celle-ci s'applique à la prescription, à notre connaissance, rien n'est quasiment précisé quant aux questions accessoires du délai si ce n'est, parfois, l'affirmation pure et simple que la loi du contrat s'applique au délai et aux causes d'interruption et de suspension. Voir GAUDEMET-TALLON (H.), « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », J-Cl Droit International, fasc. 552-15, n°121 ; CORNELOUP (S.), « La loi applicable aux obligations contractuelles – Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire "Rome I" », JCP G, 29 octobre 2008, I, 205 ; JACQUET (J.-M.), « Contrats », Rép. Internat. Dalloz, 1998, n°332 ; LAGARDE (P.) et TENENBAUM (A.), « De la convention de Rome au règlement Rome I », RCDIP, 2008, p.727 ; NOURISSAT (C.), « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », RJC, 2011, p.3 ; DEUMIER (P.) et RACINE (J.-B.), « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », Revue des contrats, 2008, p.1309.

La doctrine anglaise ne semble pas plus y prêter une réelle attention. Ainsi, les éditeurs du Cheshire, North & Fawcett, sans s'interroger sur la différence textuelle des deux mentions, se contentent de relever, à propos de l'article 15 (h), que « *cette disposition est pratiquement identique à une disposition de la Convention de Rome* » (« *The provision is virtually identical with a provision in the Rome Convention* », CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS, p.848).

⁸⁴⁸ En ce sens, voir LEMAIRE (S.), « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement "Rome I" », D., 2008, p.2157, dont la critique à propos du Considérant 7 justement est très vive (n°10).

⁸⁴⁹ « *Le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) et au règlement (CE) n°864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).* »

⁸⁵⁰ Voir LEMAIRE (S.), *op. cit.* ; ou encore, HAFTEL (B.), « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I" », JDI, 2010, p.761. *Contra* GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2010, n°183, p.177 ; AZZI (T.), « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », D., 2009, p.1621.

fond alors qu'en matière contractuelle ou alimentaire, elle doit être soumise à la *lex fori* en tant que loi de la procédure.

Ensuite, concernant plus particulièrement le règlement Rome I, la différence textuelle peut apparaître purement fortuite et trouve peut-être, tout simplement, son explication dans l'origine du règlement Rome I. En effet, bien qu'il fût adopté peu de temps après le règlement Rome II, le règlement Rome I n'est en réalité qu'une conversion de la Convention de Rome de 1980⁸⁵¹ avec quelques petits changements. L'article 10, devenu l'article 12, n'a alors subi aucune modification, d'où, peut-être, l'absence de précision que l'on peut pourtant trouver dans le règlement Rome II.

Enfin, et surtout, l'article 12 vise « la prescription » en général. Aussi, là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. Partant, ce sont l'ensemble des règles relatives à la prescription qui semblent soumises à la *lex causae* ici, et non les seuls délais. Dans le même sens, la jurisprudence nationale a une position clairement en défaveur du dépeçage de l'institution de la prescription. Nous ne pouvons que louer cette solution qui seule permet de préserver une véritable cohérence et unité. Ainsi, dans un arrêt en date du 6 mars 2001⁸⁵², les magistrats de la Cour de cassation, bien que la question ne fût pas débattue, soumièrent expressément la détermination du point de départ du délai de prescription de la loi anglaise à cette même loi. Certes, la Cour de cassation casse ici la décision des juges du fond. Cependant, elle ne critique pas la soumission du point de départ de la prescription à la loi anglaise (loi applicable au délai en tant que *lex causae*), mais le manque de base légale en ce que les magistrats de la cour d'appel n'avaient pas suffisamment exposé les dispositions du droit étranger alors applicable⁸⁵³. Il est nécessaire de noter que l'affaire ne relevait pas de la Convention de Rome alors en vigueur, mais du droit commun. Toutefois, une qualification équivalente semble fortement probable. La lettre du droit européen, aussi vague soit-elle, n'impliquant pas une modification de la qualification, il ne semble y avoir aucune raison pour

⁸⁵¹ Déjà à l'époque, les commentateurs du texte ne relevaient pas la possible difficulté. FOYER (J.), « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JDI*, 1991, p.601 ; Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par Mario Giuliano, professeur à l'université de Milan, et Paul Lagarde, professeur à l'université de Paris I, JOCE C-282 du 31 octobre 1980, pp 1-50.

⁸⁵² Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *The Arab Investment Company c. M. Samir Hamzah et autres*, pourvoi n°98-17416, inédit, *RCDIP*, 2001, p.335, note H. Muir Watt.

⁸⁵³ « Attendu que l'arrêt a décidé que l'action de la TAIC fondée sur l'acte de garantie était prescrite par application des règles du droit anglais, au motif que le point de départ du délai était déterminé par rapport à la première échéance, non respectée, qui avait été fixée par le protocole organisant un rééchelonnement du prêt et que le délai de prescription n'avait pas été suspendu par l'instance engagée par Agriprojects en Arabie Saoudite, car M. A... n'avait pas été appelé dans cette procédure en son nom personnel ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans indiquer les dispositions du droit anglais sur lesquelles elle se fondait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

que les juges français adoptent une position différente. Concernant les causes de suspension et d'interruption du délai de prescription, ce sont plusieurs décisions émanant de juridictions du fond qui ont adopté une qualification unitaire en soumettant ces questions à la loi applicable à la prescription, à savoir la loi du fond⁸⁵⁴. La jurisprudence européenne n'a pas eu à traiter précisément de la question. Néanmoins, dans un arrêt en date du 6 octobre 2009⁸⁵⁵, la Cour de justice de l'Union européenne fait référence aux « *règles relatives à la prescription d'un droit* » et non au seul délai. Cette formulation générale semble confirmer la thèse de l'unicité.

La soumission de l'ensemble de la question de la prescription à la loi de la source de l'obligation ne paraît donc pas faire de doutes. Toujours est-il, dans un souci de sécurité juridique, qu'il paraîtrait utile de le préciser, à l'image du règlement Rome II, afin d'éviter tout risque d'interprétation divergente sous couvert de la procédure. Un tel besoin de précision apparaît avec plus d'acuité encore s'agissant de la qualification des intérêts moratoires en droit international privé.

§2 : LES INTERETS MORATOIRES

237. Distinction des intérêts moratoires. Nous l'avons déjà évoqué, l'article 12 § 1 c) du règlement Rome I – repris de l'article 10 de la Convention de Rome de 1980⁸⁵⁶ – et l'article 15 c) du règlement Rome II prévoient que les conséquences de l'inexécution de l'obligation litigieuse doivent être soumises à la *lex causae*. La question se pose alors quant à la qualification internationale des intérêts moratoires⁸⁵⁷ pour lesquels aucune solution unifiée n'est, à l'heure actuelle, posée par l'Union européenne. S'agit-il d'une question de procédure soumise à la loi du for, ou d'une conséquence de l'inexécution de l'obligation soumise, à ce titre, aux dispositions réglementaires européennes ?

Les intérêts moratoires se définissent comme le mode de compensation, au profit du créancier, du préjudice causé du fait du retard⁸⁵⁸ du débiteur dans l'exécution de son

⁸⁵⁴ Voir les nombreuses références citées par Madame le Professeur Santa-Croce, *loc. cit.* : CA Paris, 6 juillet 1937, *RCDIP* 1938, p. 280, note H.B. ; CA Nîmes, 7 décembre 1949, *RCDIP* 1950, p. 620, note Y. Loussouarn ; CA Paris, 7 février 1970, *RCDIP* 1971, p. 681, note Dayant ; CA Paris, 2 mars 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 510 ; TGI Périgueux, 10 mars 1964, *JDI* 1965, p. 404, note B.G.

⁸⁵⁵ CJCE, Affaire C-133/08, 6 octobre 2009, *Intercontainer Interfrigo (ICF)*, Recueil 2009 page I-09687, Conclusions Yves Bot, point 47 de la décision.

⁸⁵⁶ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980, JOCE L-266 du 9 octobre 1980

⁸⁵⁷ Pour une étude approfondie sur les intérêts moratoires en droit interne, voir GREAU (F.), *Recherche sur les intérêts moratoires*, Thèse Paris XII, 2004

⁸⁵⁸ Étymologiquement, l'adjectif moratoire vient du latin *moratorius* signifiant « qui retarde », lui-même dérivé de *mora* c'est-à-dire « retard » (V^o moratoire, REY [A.] [Dir.], *Dictionnaire Historique de la langue française*, Édition Dictionnaire Le Robert, 4^{ème} éd., 2010)

obligation. En droit interne français, ils trouvent principalement leur source dans les articles 1153⁸⁵⁹ et 1153-1⁸⁶⁰ du Code civil. Ils sont connus de la plupart des systèmes juridiques étrangers⁸⁶¹. Une certaine doctrine s'intéressant à la question⁸⁶² rejette l'idée que ces deux textes soient « *gémellaires* »⁸⁶³. En tout état de cause, les divergences entre ces deux dispositions – qu'elles soient déterminantes quant à une éventuelle divergence de nature ou non – amènent des observations différentes relativement à la question de leur qualification internationale. Aussi, elles nous conduisent à devoir distinguer, et traiter successivement, les intérêts moratoires selon leur position chronologique par rapport à l'éventuelle intervention du juge. D'une part, peuvent être relevés les intérêts moratoires que nous dénommerons *anté-jugement* portant sur une obligation libellée en monnaie antérieurement à toute intervention d'un juge (**A**). D'autre part, les intérêts moratoires *post-jugement*⁸⁶⁴ sont, par opposition, liés à une décision juridictionnelle (**B**).

⁸⁵⁹ « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »

⁸⁶⁰ « En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.

En cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa. »

⁸⁶¹ En ce sens, voir KLEINER (C.), « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé (ou l'imbroglie entre la procédure et le fond) », *RCDIP*, 2009, p.639, spéc. p.645 ; ou encore, GREAU (F.), thèse précitée, n°1, spéc. p.2

⁸⁶² En faveur d'une distinction, voir, par exemple, GREAU (F.), thèse précitée, n°14, p.22 ; CERCRID, *La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès – Les intérêts de retard dans le procès civil*, sous la direction de P. Ancel et Ch. Béroujon, février 1999, Université Jean Monnet, Saint-Étienne ; BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003, n°57 et s., p.56 et s. ; KLEINER (C.), article précité, l'auteur y relève également que cette distinction existe en droit allemand et anglais.

⁸⁶³ L'expression est de Monsieur le Professeur Libchaber (note *Rev. Arb.*, 2005, p.645, spéc. p.649 ; note *RCDIP*, 2007, p.784) lequel soutient l'identité des deux textes dont la seule divergence tiendrait au point de départ des intérêts.

⁸⁶⁴ Madame le Professeur Caroline Kleiner utilise l'expression d'intérêts « *judiciaires* » (article précité, spéc. n°3 et s., p.643 et s.). Cependant, il nous semble qu'un tel adjectif impliquerait nécessairement un *a priori* processualiste des intérêts en cause que nous cherchons, justement, à qualifier. Il est à noter, par ailleurs, que l'auteur distingue les intérêts judiciaires des intérêts moratoires.

A. La qualification des intérêts moratoires anté-jugement

238. Généralités. Liés principalement à la mise en œuvre de l'article 1153 du Code civil en droit interne français, les intérêts moratoires *anté-jugement* sont les intérêts portés par les seules créances de somme d'argent. Il s'agit de compenser le retard dans le paiement d'une créance exigible, et dont l'existence et l'évaluation monétaire sont antérieures à toute décision judiciaire. Ces intérêts moratoires sont, normalement, indépendants de toute intervention du juge⁸⁶⁵, et produisent leurs effets à compter de la mise en demeure du débiteur. Cette autonomie absolue concernant la partie forfaitaire rend ceux-ci évidemment plus proches du fond du litige que de la procédure. Elle justifie à elle seule la qualification substantialiste que nous retiendrons à l'image de la doctrine et de la jurisprudence, bien que cette dernière soit particulièrement clairsemée et ancienne.

239. La doctrine. Relevant le caractère purement réparateur des intérêts moratoires anté-jugement⁸⁶⁶, la doctrine française intègre sans difficulté aucune⁸⁶⁷, et à juste titre selon nous, cette question dans le domaine de la *lex causae*. Au demeurant, les quelques remarques relevées au sujet de ceux-ci nous paraissent démontrer qu'ils sont recouverts par l'idée de « conséquences de l'inexécution de l'obligation ». La loi applicable sera alors celle retenue pour l'évaluation du dommage à savoir, dans le cadre de la législation communautaire, la loi de l'obligation source de la réparation⁸⁶⁸. La question qui reste alors en suspens est celle de l'éventuel dépeçage entre le droit à l'intérêt, le point de départ et le taux.

Tout d'abord, la soumission de l'octroi des intérêts moratoires à la *lex causae* ne soulève aucune difficulté majeure. Il s'agit de la substance même de la question, plus large, des intérêts moratoires anté-jugement dont nous venons de retenir la qualification substantialiste. Outre le droit français, c'est la réponse notamment des droits allemand⁸⁶⁹ et anglais⁸⁷⁰ à cette interrogation, et le sens des dispositions européennes. Madame le Professeur

⁸⁶⁵ Il est toutefois nécessaire de noter que l'alinéa 4 de l'article 1153 du Code civil permet au juge d'allouer, en sus de la réparation forfaitaire, des dommages-intérêts reposant sur la preuve de la mauvaise foi du débiteur et d'un préjudice distinct du seul retard.

⁸⁶⁶ GREAU (F.), *op. cit.*, n°252, p.365 : « Il faut prendre conscience de ce que les intérêts moratoires dus en application de l'article 1153 ou de ses satellites s'inscrivent clairement dans la responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation de somme d'argent et ont pour seul objet de compenser le préjudice moratoire abstrait et permanent qui est la conséquence inévitable d'un retard de paiement ».

⁸⁶⁷ Voir, par exemple, KLEINER (C.), *op. cit.*, p.654 : « Considérant sa fonction d'outil du droit de la réparation, l'application de la règle de conflit en matière de réparation ne semble guère faire de doute ».

⁸⁶⁸ Voir, sur ce point, *supra* Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, c.

⁸⁶⁹ Voir les nombreuses références citées par KLEINER (C.), article précité, n°23, p.655

⁸⁷⁰ DICEY and MORRIS, *The conflict of laws*, Stevens & Sons Limited, 8th ed., 1967, Rule 146, spéc. p.848 ; CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008 by J.

Caroline Kleiner relève, de surcroît, que cette solution fait « *l'objet d'un large consensus* »⁸⁷¹. Ensuite, concernant le point de départ des intérêts, le doute est un peu plus présent. En effet, « *touchant à la substance de la dette, la période des intérêts devrait à ce titre être considérée comme une question de fond, et donc être régie par la même loi que celle décidant de l'octroi de l'intérêt, la lex causae* »⁸⁷². Au-delà, la dissociation de l'octroi des intérêts et du point de départ de ceux-ci paraît difficilement concevable au regard de la cohérence du système des intérêts. Comment demander à une loi à quel moment doivent partir des intérêts qu'une autre loi a octroyés au justiciable ? Toutefois, la distinction entre le point de départ des intérêts et le taux ne semble pas recueillir les faveurs de l'ensemble de la doctrine⁸⁷³. Enfin, justement quant à la détermination du taux de l'intérêt, les auteurs semblent de plus en plus sceptiques sur la compétence de la loi applicable au fond de l'affaire. En ce qu'il joue nécessairement sur le montant de la réparation, et toujours au nom de la cohérence, il apparaîtrait que ce point particulier entrerait, lui aussi, dans le domaine de l'évaluation du dommage et donc de la *lex causae*. Cette solution semble, par ailleurs, se retrouver dans la formulation générale des règlements Rome I et II. Néanmoins, on peut douter de la réelle possibilité de se départir du lien tenu qui existe entre la fixation du taux d'intérêt et la monnaie. L'application du taux prévu par la loi de la monnaie apparaîtrait alors préférable. Partant, certains auteurs⁸⁷⁴ ont émis l'hypothèse que cette solution pourrait passer par l'intermédiaire d'une qualification procédurale, à l'image du droit anglais⁸⁷⁵ ou de l'arbitrage, afin de ne pas être soumise aux dispositions réglementaires européennes. Cependant, il n'est pas évident que la question de la détermination du taux soit plus proche de l'instance judiciaire que du fond. Aussi, la qualification procédurale ne nous paraît pas justifiée. De plus, passer par l'intermédiaire de celle-ci pour appliquer le taux de la loi de la monnaie nous semble être une source de complication inutile. Tout comme l'application de la loi du for à la détermination du taux d'intérêt n'implique pas, nécessairement, l'application du taux d'intérêt du for, l'application de la *lex causae* pourrait, selon les règles matérielles alors désignées, conduire à l'application du taux établi par la loi de la monnaie.

FAWCETT and J. M. CARRUTHERS, p.100 et s.; GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, 11.03, p.317.

⁸⁷¹ KLEINER (C.), *op. cit.*, p.657

⁸⁷² *Op. cit.*, p.658

⁸⁷³ En ce sens, voir BOSKOVIC (O.), *op. cit.*, n°61, p.59 ; SANTA-CROCE (M.), « Contrats internationaux », J-Cl Droit International, fasc. 552-80, n°51, l'auteur semble même partisane de l'application d'une loi unique à toute la question des intérêts moratoires et, plus généralement, à l'ensemble du calcul de la réparation du dommage.

⁸⁷⁴ BOSKOVIC (O.), « Retour sur la loi applicable aux intérêts moratoires – à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge le 23 avril 2007 », *ERPL*, 1-2010, p.177, spéc. p.182

⁸⁷⁵ CHESHIRE and NORTH, *loc. cit.*

240. La jurisprudence. Comme évoqué précédemment, la qualification substantielle du droit à l'intérêt moratoire et processuelle du taux de l'intérêt semble avoir les faveurs de la jurisprudence anglaise. L'arrêt *Miliangos v. George Franck (Textiles) Ltd (No2)*⁸⁷⁶ fait ainsi figure d'arrêt de principe en la matière. Rendu en matière de responsabilité contractuelle avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, les juges britanniques ont retenu l'application de la *lex contractus* pour déterminer si le demandeur avait le droit ou non aux intérêts moratoires. Une fois ceux-ci acquis, ils appliquèrent la loi du for, au titre de la procédure, à la détermination du taux de l'intérêt. Par suite, le *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* permet au juge saisi, lorsque la réparation est ordonnée dans une monnaie étrangère, d'appliquer le taux d'intérêt qui lui paraît le plus adapté⁸⁷⁷, éventuellement donc celui de la monnaie dans laquelle la dette est exprimée.

Malgré le fort intérêt pratique que constitue cette question, la jurisprudence française n'a que trop peu l'occasion de se prononcer sur la loi applicable aux intérêts moratoires en général, et anté-jugement en particulier. Preuve en est, la doctrine cite régulièrement, certes avec réserve, l'arrêt de la première chambre civile en date du 30 mai 1985⁸⁷⁸ comme soumettant la question de l'anatocisme, et donc des intérêts moratoires, à la loi du for. Or, la solution est loin d'être certaine, la question de la loi applicable n'ayant pas été posée au juge⁸⁷⁹. L'arrêt déjà ancien de la chambre commerciale en date du 20 octobre 1953⁸⁸⁰ est, quant à lui, beaucoup plus clair et semble, à l'image de la doctrine, adopter une qualification substantielle. Statuant également sur la question de l'anatocisme, les hauts magistrats soumièrent le problème à la *lex causae* en refusant de retenir l'exception d'ordre public à l'encontre des dispositions de la loi libanaise. Ainsi, en s'interrogeant sur le mécanisme de l'ordre public, qu'elle rejette au surplus, il apparaît évident que les juges du Quai de l'Horloge entendaient appliquer la *lex causae*. L'arrêt *Alfa Laval* du 18 octobre 1989⁸⁸¹, souvent cité à l'appui de la qualification substantielle des intérêts moratoires concernait, en réalité une créance indemnitaire qui ne relevait donc pas de l'article 1153 du Code civil. Sans pour autant

⁸⁷⁶ [1977] QB 480

⁸⁷⁷ Voir par exemple l'alinéa 1^{er} de l'article 1 selon lequel : « (1) *In the Administration of Justice Act 1970, after section 44 (interest on judgment debts) there shall be inserted the following section — 44A.— (1) Where a judgment is given for a sum expressed in a currency other than sterling and the judgment debt is one to which section 17 of the Judgments Act 1838 applies, the court may order that the interest rate applicable to the debt shall be such rate as the court thinks fit.* ».

⁸⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 1985, *Bull. civ. I*, n°170 ; *RCDIP*, 1986, p. 329, note H. Batiffol

⁸⁷⁹ Voir, néanmoins, dans le même sens CA Paris, 21 septembre 1989.

⁸⁸⁰ Cass. Com., 20 octobre 1953, *Bull. civ. IV*, n°310 ; *RCDIP*, 1990, p.713, note Loussouarn ; *D.*, 1954, 1, p.121, note Lescot.

⁸⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 18 octobre 1989, *Bull. civ. I*, n°322 ; *RCDIP*, 1990, p.712, note Foyer

faire la distinction, la question portait en fait sur les intérêts moratoires post-jugement sur lesquels nous allons maintenant nous interroger.

B. La qualification des intérêts moratoires post-jugement

241. Généralités. Pour leur part, les intérêts moratoires *post-jugement* sont liés, en droit interne français, à l'article 1153-1 du Code civil. Portant sur tout type d'obligation, ils sont fondés sur l'existence d'une procédure et, plus précisément, sur l'existence d'une condamnation de la part d'une juridiction. Par conséquent, ils sont dus à compter de la condamnation, sauf décision contraire du juge⁸⁸². Il s'agirait donc des intérêts moratoires portés par les créances indemnitaires dont le montant est déterminé par le juge, les créances de somme d'argent étant régies par l'article 1153 du Code civil.

242. Illustration jurisprudentielle des divergences de qualification. À ce propos, les divergences de qualification entre États membres de l'Union européenne sont loin de constituer une hypothèse purement théorique. Ainsi, dans un domaine distinct, mais proche, les juridictions françaises et belges ont eu des positions diamétralement opposées sur la question de savoir quelle était la loi applicable à des intérêts moratoires post-jugement dans le cadre d'une procédure *d'exequatur* portant sur une sentence arbitrale. La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 juin 2004⁸⁸³, a considéré qu'il s'agissait d'une question d'exécution de la décision de justice, donc une question de procédure, relevant à ce titre de la loi du for. Dans cette affaire, il s'agissait d'une sentence arbitrale⁸⁸⁴ rendue en Jordanie le 17 novembre 1994 condamnant la société Inter-Arab investment guarantee corporation (IAIGC) à verser à la société BAII recouvrement (BAII) plus de dix millions de dollars. La sentence rendue a été déclarée exécutoire en France. La société BAII a engagé des mesures d'exécution forcée et demandé aux tribunaux français l'obtention d'intérêts moratoires en application de l'article

⁸⁸² À noter, de surcroît, que ce pouvoir est discrétionnaire (Ass. Plén., 3 juill. 1992, *Bull.*, n°7 ; *D.* 1992, *Somm.*, p.404, obs. A. Penneau ; *JCP G.*, 1992, II, 21898, concl. Dontenwille, note Perdriau ; *Defrénois* 1992, p.1453, obs. Aubert) et que « les intérêts alloués en application de l'art. 1153-1 pour une période antérieure à la date de la décision qui fixe l'indemnité ont nécessairement un caractère moratoire » (Cass. 1^{ère} Civ., 28 avril 1998, *Bull. civ. I.*, n°152 ; *JCP G.*, 1999, I, 137, n°29, obs. Kullmann ; *Defrénois*, 1998, p.1049, obs. Aubert ; *RCA* 1998, *Chron.* 20, par Groutel ; *RTD civ.*, 1998, p.920, obs. Jourdain).

⁸⁸³ Cass. 1^{ère} civ. 30 juin 2004, *Bull. civ. I.*, n° 189, *Rev. Arb.*, 2005, p.645, note R. Libchaber ; *JDI*, 2005, p.785, note M. Raimon ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 147, p.2, note C. Baude-Texidor ; *JCP E.*, 2005, p.757, note J. Béguin ; *RTD Com.*, 2005, p. 267, note E. Loquin ; *JCP E.*, 2004, p.2028, note G. Chabot ; *RTD Civ.*, 2004, p.549, note Ph. Théry.

⁸⁸⁴ La même solution a été étendue aux décisions juridictionnelles par l'arrêt *Delsey*, Cass. 1^{ère} civ. 6 mars 2007, *Bull. civ. I.*, n° 96, *JDI*, 2008, p.537, note S. Bollée ; *RTD Com.*, 2008, p.212, note Ph. Delebecque ; *RCDIP*, 2007, p.784, note R. Libchaber ; *RJC*, 2007, p.334, note M. Attal : « Mais attendu que s'agissant de l'exécution en France d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère reconnue exécutoire, les intérêts moratoires sont dus en application de la loi du for, soit l'article 1153-1 du code civil ».

1153-1 du Code civil. Rejetant l'analyse substantialiste avancée par le demandeur au pourvoi, la Cour de cassation s'est clairement prononcée pour une qualification processuelle des intérêts moratoires, retenant que « *s'agissant d'un litige né de l'exécution en France d'une sentence arbitrale déclarée exécutoire, lorsque l'arbitre n'a pas statué et qu'il ne peut plus être saisi, la loi applicable aux intérêts moratoires postérieurs à la sentence, qui s'attachent de plein droit à la décision de condamnation, est la loi de la procédure d'exécution* ».

L'absence de consensus européen sur la délimitation de la catégorie est ici clairement illustrée. En effet, dans la même affaire amenée, cette fois, devant les juridictions belges, celles-ci ont adopté la position substantielle. La Cour d'appel de Bruxelles⁸⁸⁵, dont la décision a été entérinée par la Cour de cassation⁸⁸⁶, a explicitement énoncé la soumission des intérêts moratoires à la loi du fond en retenant, lors de l'examen de la demande reconventionnelle portant sur ces mêmes intérêts, qu'« *il importe peu que certains arbitres estiment que cette demande relève de la procédure, puisqu'en droit belge elle relève du fond* »⁸⁸⁷.

Si l'on généralise cette qualification aux instances directes⁸⁸⁸, les deux États européens n'appliqueraient donc pas de la même façon les règlements Rome I et II concernant le domaine de la loi applicable à l'obligation : la Belgique, contrairement à la France, appliquerait le règlement aux intérêts moratoires post-jugement. Cette absence d'uniformité dans l'application des dispositions européennes résulte clairement d'une difficulté et d'une absence de consensus sur la définition de la catégorie « procédure ». À dire vrai, l'hésitation est légitime en ce que les deux conceptions trouvent à se justifier pleinement.

243. Arguments en faveur de la thèse processualiste. La thèse processualiste s'appuie sur le fait que les intérêts moratoires post-jugement découleraient, non pas directement de l'inexécution de l'obligation, mais plutôt de l'inobservation du jugement⁸⁸⁹. Il

⁸⁸⁵ CA Bruxelles, 24 janvier 1997, *Rev. Arb.*, 1998, p.181, note J. Linsmeau

⁸⁸⁶ C. cass., 26 juin 1997, *Rev. Arb.*, 1998, p.685, note J. Linsmeau.

⁸⁸⁷ LINSMEAU (J.), note *Rev. Arb.*, 1998, p.195

⁸⁸⁸ En droit français, la question mérite d'être soulevée à l'image de Madame le Professeur Santa-Croce (*Op. cit.*, n°52). Pour Monsieur le Professeur Libchaber, l'extension semble évidente puisque ces arrêts marquent « *une modification de la règle de conflit applicable aux intérêts moratoires : au lieu de les rattacher à la loi de la source de la créance monétaire inexécutée, voire à la loi de la monnaie due, la Cour les réfère à la loi de l'exécution ou de la procédure d'exécution* » (LIBCHABER [R.], note *RCDIP*, 2007, p.784). Pour l'auteur, fidèle à sa position moniste concernant les intérêts, il s'agirait même d'une modification – malheureuse – de la loi applicable aux intérêts anté-jugement. Voir *infra*.

En droit belge, le doute n'est pas permis puisque, dans un arrêt en date du 23 avril 2007, la Cour de cassation étend la qualification substantielle aux instances directes (BOSKOVIC [O.], « Retour sur la loi applicable aux intérêts moratoires – à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge le 23 avril 2007 », *ERPL*, 1-2010, p.177).

⁸⁸⁹ En ce sens, voir, par exemple, DELEBECQUE (Ph.), note *RTD Com.*, 2008, p.212 : « *cette approche processuelle et non substantielle des intérêts moratoires apparaît somme toute logique, car les questions de*

ne s'agirait donc plus de compenser le retard relatif à l'obligation originale, mais de réparer le retard par rapport à la condamnation judiciaire et d'assurer, par là même, l'effectivité des décisions de justice⁸⁹⁰. Selon Monsieur le Professeur Fabrice Gréau, « *la rupture avec la logique de la responsabilité se manifeste également par l'abandon de la fonction traditionnellement indemnitaire des intérêts moratoires au profit d'une fonction comminatoire. [...] Les intérêts moratoires postérieurs à une décision de justice exécutoire s'intègrent ainsi, au même titre que l'astreinte de droit commun, dans le droit de l'exécution du jugement et illustrent le prolongement du procès au-delà du prononcé de la décision* »⁸⁹¹. L'auteur prône même une intégration de l'article 1153-1 du Code civil dans le Code de procédure civile⁸⁹², proposition également soutenue par le projet Catala sur la réforme du droit des obligations⁸⁹³. Ce faisant, il apparaîtrait difficilement concevable de nier, à l'échelle internationale, tout rôle à la procédure et donc à la loi du for. Cette solution ferait même écho à celle qui prévalait pour l'article 1153 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 7 avril 1900. Les intérêts moratoires quels qu'ils soient n'étaient dus qu'à compter du jour de la demande et étaient donc liés à la procédure en général, et à l'action en justice en particulier. Par suite, les magistrats soumettaient volontiers la question des intérêts moratoires à la loi du juge saisi⁸⁹⁴. La même justification trouverait donc à s'appliquer ici : en soumettant le point de départ des intérêts moratoires à la décision judiciaire, le législateur liait indéfectiblement ceux-ci à la procédure, et, par conséquent, à la loi du for.

Pour certains auteurs⁸⁹⁵, la référence aux conséquences de l'inexécution de l'obligation dans les limites fixées par le droit procédural dans le cadre du règlement Rome I induirait une qualification substantielle des intérêts anté-jugement, mais permettrait de conserver une qualification processuelle des intérêts post-jugement. Au demeurant, il est possible de se demander s'il ne s'agirait pas de la position adoptée par la jurisprudence française au terme

procédure, dont celle des intérêts assortissant une décision de condamnation sont soumises à la loi du for. La créance ne naît-elle pas ici avec la décision de condamnation ? »

⁸⁹⁰ L'argument existe également dans la doctrine anglaise. Voir GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, 11.06, p.320.

⁸⁹¹ GREAU (F.), thèse précitée, n°486, p.758.

⁸⁹² *Ibid.*, n°488, p.760

⁸⁹³ « *En revanche, celles qui figurent à l'article 1153-1 n'ont pas leur place dans le Code civil, mais dans le Code de procédure civile* » (Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations [Articles 1101 à 1386 du Code civil] et du droit de la prescription [Articles 2234 à 2281 du Code civil], 22 septembre 2005, La Documentation française, p.186).

⁸⁹⁴ Cass. Req. 13 avril 1885, DP 1885.1.412 : « *l'obligation de payer les intérêts litigieux dérive, non des stipulations d'un contrat passé à l'étranger, mais de la demande elle-même* ». Voir sur cette idée, LIBCHABER (R.), note RCDIP, 2007, p.784.

⁸⁹⁵ GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, 11.55, p.349

d'une certaine évolution, mais la prudence reste de mise. En effet, à l'origine, l'arrêt *Alfa Laval* de 1989 que nous évoquions précédemment a soumis la question de l'octroi des intérêts moratoires dus sur une créance indemnitaire, et même du point de départ de ces intérêts, à la *lex causae*. Répondant au moyen du pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir octroyé les intérêts à partir d'une date antérieure à sa décision, la Cour de cassation cassa l'arrêt. Elle précisa « *qu'en se déterminant ainsi, s'agissant d'une créance de réparation dont le montant ne peut être fixé que par la juridiction appelée à statuer, sans rechercher si la loi allemande, en principe applicable, permettait d'accorder des intérêts à compter d'une date antérieure au prononcé de l'arrêt, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». On peut alors s'interroger sur la question de savoir si la solution des arrêts de 2004 et 2007 rendus dans le cadre d'instances indirectes marquait un revirement par rapport à cette jurisprudence, ou si elle ne doit être limitée qu'aux seuls cas d'instances indirectes. La jurisprudence récente semble donner la faveur à cette seconde branche de l'alternative. En effet, dans un arrêt en date du 2 octobre 2012⁸⁹⁶, la Cour de cassation dut se prononcer sur la question du domaine de la *lex concursus*⁸⁹⁷ par rapport aux intérêts moratoires, et soumis ces derniers à la loi allemande, loi applicable au fond. Cependant, là encore, la solution, tant dans son sens que dans sa portée, doit être nuancée. En effet, les juges du Quai de l'horloge ont estimé, en l'espèce, que « *les intérêts mis à la charge de M. X ne sont pas dus en exécution d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère* ». Le doute semble donc permis sur la nature de ces intérêts⁸⁹⁸, et donc sur le sens général, par rapport aux intérêts moratoires, de cette jurisprudence. En tout état de cause, si la position de la Cour de cassation abondait effectivement dans le sens d'une qualification processualiste, cette solution ne résisterait pas, selon nous, à la critique et à la position substantialiste.

244. Arguments en faveur de la thèse substantialiste. Une certaine doctrine, attachée à l'idée de gémellité entre les deux types d'intérêts moratoires, récuse l'éventuelle différence de traitement entre les intérêts anté-jugement et post-jugement⁸⁹⁹. L'application de la loi de l'obligation, que l'instance soit directe ou indirecte⁹⁰⁰, peut alors se justifier par le fait que les intérêts en cause sont dus en raison de la dette qui n'a pas été honorée et donc de

⁸⁹⁶ Cass. Com., 2 octobre 2012, *Bull. Civ. IV*, n°176, *JCP G*, 19 novembre 2012, n°1246, note F. Mélin ; *Gaz. Pal.*, 19 janvier 2013 n°19, p. 15, Obs. F. Mélin ; *D.* 2013, p.62, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *RTD Com.*, 2013, p.149, note A. Martin-Serf ; *RCDIP*, 2013, p.201, note D. Bureau.

⁸⁹⁷ Loi applicable à la faillite.

⁸⁹⁸ En ce sens, voir la note de D. Bureau précitée, p.209.

⁸⁹⁹ En ce sens, voir, par exemple, LIBCHABER (R.), note *RCDIP*, 2007, p.784 ; note *Rev. Arb.*, 2005, p.645 ; ou encore, en droit anglais, GARNETT (R.), *op. cit.*, p.319.

⁹⁰⁰ Cf. BOLLÉE (S.), note *JDI*, 2008, p.537 ; ou encore, JEULAND (E.), note *Rev. Arb.*, 2002, p.935

l'obligation litigieuse, tout comme les intérêts anté-jugement. Ils ne trouvent donc pas leur origine dans la condamnation, mais bien dans l'obligation à la source de la réparation⁹⁰¹. Les intérêts moratoires, anté ou post-jugement, auraient tous deux vocations à résoudre, de la même façon, le retard dans l'exécution d'une obligation et leur unique différence réside dans leur point de départ. Pour Monsieur le Professeur Libchaber, « *dans l'article 1153-1, l'intervention du juge n'a donc pas d'autre finalité que technique : il ne s'agit pour lui que de fixer le quantum d'une créance, dont le régime lui échappe pour le surplus* »⁹⁰². Preuve en est, son pouvoir discrétionnaire quant à la fixation du point de départ des intérêts moratoires post-jugement démontre qu'ils ne sont pas attachés à la condamnation, mais bien à la réparation⁹⁰³. Il serait tout à fait impensable de faire courir des intérêts sur une décision qui n'est pas encore intervenue. Le lien avec la procédure et l'exécution de la décision de justice ne se retrouverait qu'*a posteriori* avec les questions de majoration du taux de l'intérêt⁹⁰⁴.

Par ailleurs, en suivant la distinction entre l'efficacité substantielle⁹⁰⁵ et l'efficacité procédurale⁹⁰⁶ d'un jugement, il apparaîtrait qu'est en cause, ici, l'efficacité substantielle. Plus encore, il semblerait qu'en dehors du cas où le juge ne fait pas usage de son pouvoir discrétionnaire relatif au point de départ⁹⁰⁷, il s'agit d'un effet substantiel du jugement qui n'est en rien lié à une quelconque automaticité⁹⁰⁸. En conséquence de tous ces éléments, les intérêts moratoires post-jugement devraient donc être soumis au droit applicable au fond⁹⁰⁹.

⁹⁰¹ BOSKOVIC (O.), « Retour sur la loi applicable aux intérêts moratoires – à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge le 23 avril 2007 », *ERPL*, 1-2010, p.177, spéc. pp 179-180. Dans le même sens, voir JEULAND (E.), *op. cit.*, spéc. p.949 : « *prétendre au contraire que les intérêts moratoires visent à obliger le débiteur à exécuter la sentence et relèvent donc de la procédure ne correspond pas à la nature de ces intérêts, qui ont seulement pour fonction de dédommager le créancier de ne pas avoir reçu le principal dès que le jugement a été prononcé, autrement dit dès que la créance est née* ».

⁹⁰² LIBCHABER (R.), note *RCDIP*, 2007, p.784, spéc. p.790. Dans le même sens, voir le rapport du CERCRID précité, n°s 115 et 116, p.84.

⁹⁰³ LIBCHABER (R.), note *Rev. Arb.*, 2005, p.645, spéc. p.649.

⁹⁰⁴ JEULAND (E.), *op. cit.*

⁹⁰⁵ BLERY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Préface de P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 328, 2000, n°126, p.86 : « *consiste en la concrétisation du droit du demandeur* ».

⁹⁰⁶ *Ibid.*, n°366, pp.242-243 : « *si structurellement, elle est identique à l'efficacité substantielle, elle dépend en revanche de la proclamation et de l'aménagement du droit à bénéficier de l'effet juridique d'une règle de procédure, et, en conséquence, elle concrétise le droit procédural du demandeur, celui qui résulte de manière abstraite de la règle de procédure* ».

⁹⁰⁷ Et dans ce cas, l'attribut – tout de même lié à l'efficacité substantielle – ne fait que démontrer le lien tenu entre fond et procédure (BLERY [C.], *op. cit.*, n°291, p.196, spéc. note 872).

⁹⁰⁸ *Ibid.*, n°s 292, et s., p.196 et s.

⁹⁰⁹ Pour plus de développements, voir la note de Gérard CHABOT, *JCP E*, n 51, 16 décembre 2004, p.1860. Voir également, en ce sens, HUET (A.), « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) », *J-CI Droit International*, fasc. 582-20, n°7

245. Proposition de résolution du problème. En définitive, les intérêts moratoires post-jugement, tout comme les intérêts moratoires anté-jugement, nous semblent devoir être exclus de la catégorie « procédure » en droit international privé, car ils ne sont pas neutres. La loi de la source de la créance ou la loi de la monnaie sont les deux possibilités quant à leur facteur de rattachement. S'y ajoutent éventuellement, dans le cadre des instances indirectes, les règles de droit international privé du for d'origine. Si chacune de ces lois a vocation à intervenir⁹¹⁰, une certaine harmonie et cohérence paraît devoir prévaloir dans le choix de la législation applicable. Une large part à la loi de l'obligation à la source de la réparation, et donc une soumission aux règlements européens en tant que conséquence de l'inexécution de l'obligation, nous paraît devoir être faite. Toutefois, comme dans le cadre des intérêts moratoires anté-jugement, la soumission des intérêts moratoires post-jugement à la *lex causae* ne doit pas signifier pour autant l'application du taux de celle-ci. Un recours à la loi de la monnaie, selon les règles posées par la *lex causae*, pourrait donc tout autant avoir lieu.

§3 : LES DIFFICULTES PARTICULIERES RELATIVES AU DIVORCE

246. Position du problème. L'Union européenne développe son activité relative au droit international privé vers de multiples matières, y compris celles relatives au statut personnel. Ainsi, parmi ses zones d'action figurent les questions ayant trait à la loi applicable au divorce⁹¹¹. Cette matière est particulière en ce qu'elle allie, intrinsèquement, fond et procédure. Il est même possible de dire qu'elle se réalise principalement dans les dispositions procédurales. Il est ainsi courant de parler de « procédure de divorce »⁹¹². Aussi, peut-on se demander à quel moment s'arrête le domaine d'application de la *lex causae* et à quel moment commence l'application de la loi du for au titre de loi de procédure. Celle-ci conserve, en effet, toute vocation à s'appliquer au titre du principe *lex fori regit procesum* comme en témoigne l'arrêt de la Première chambre civile en date du 4 novembre 2009⁹¹³. Dans cet arrêt, le divorce entre deux ressortissants marocains a été prononcé en France en application de la

⁹¹⁰ Voir BOLLEE (S.), *op. cit.* : « d'un point de vue conceptuel, les analyses sur lesquelles reposent ces diverses propositions comportent certainement toutes une part de vérité. Il s'ensuit qu'aucune d'entre elles, isolée des autres, ne suffit à rendre compte de la nature irréductiblement complexe de l'institution des intérêts moratoires. Il faut donc renoncer à trouver une solution totalement satisfaisante pour l'esprit, et se tourner vers des considérations plus immédiatement pratiques ».

⁹¹¹ Règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dit « Rome III », JOUE L343 du 29 décembre 2010

⁹¹² L'expression « procédure de divorce » est employée par l'Union européenne dans le corps même du règlement (Article 1, §2).

⁹¹³ Cass. 1^{ère} civ., 4 novembre 2009, *Bull. civ. I*, n° 218 ; JCP G 2009, p.477, obs. A. Devers.

loi marocaine à la demande de l'épouse. Contestant devant la Cour de cassation la recevabilité de la demande de divorce, l'époux invoquait l'exigence, selon lui de fond, d'une double conciliation prévue par la loi marocaine si le couple avait des enfants. Les juges du Quai de l'Horloge rejetèrent le moyen en estimant que le problème de la conciliation était une question de procédure soumise à la loi du juge saisi, en l'occurrence la loi française. À l'échelle européenne, la difficulté est d'autant plus grande que le règlement ne précise pas limitativement son domaine d'application. L'article 1§2 constitue seulement une énumération des questions exclues du champ d'application du règlement, questions parmi lesquelles ne figure pas la procédure.

Concernant ce règlement Rome III, Madame le Professeur Petra Hammje, après avoir circonscrit le règlement aux questions d'admissibilité, de causes et de conditions du divorce, relève la difficulté de délimiter, en la matière, le fond de la procédure⁹¹⁴. Au regard de la jurisprudence statuant sur le droit international privé français, il est possible de noter de nombreuses incertitudes de qualification dans ce domaine. Ainsi, il a été jugé, dans un arrêt en date du 12 décembre 2006⁹¹⁵, que l'article 1077 du Nouveau Code de Procédure civile dans sa version antérieure à la loi de 2004⁹¹⁶, règle relative au déroulé procédural du divorce et plus particulièrement au changement, en cours d'instance, des causes de divorce, était une règle de fond devant être soumise à la *lex causae*, en l'espèce loi allemande. L'annotateur relève, afin de corroborer la décision, que « *la disposition interdisant de passer, en cours d'instance, d'une cause de divorce à une autre ne s'explique que parce qu'il existe, dans notre droit, une pluralité de causes de divorce. La règle de procédure en est indissociable, elle n'est que la conséquence de cette règle de fond* »⁹¹⁷. Un arrêt inédit du 1^{er} décembre 2010⁹¹⁸ est également un exemple assez parlant des difficultés de qualification et, partant, de l'écueil qui pourrait exister quant à l'application du règlement européen. La classification dans la catégorie

⁹¹⁴ HAMMJE (P.), « Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p.291, spéc. n°11

⁹¹⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 12 décembre 2006, *Bull. Civ. I*, n°540, *Gaz. Pal.*, 22-23 juin 2007, n°174, p.20, note Massip

⁹¹⁶ « *En cours d'instance, il ne peut être substitué à une demande fondée sur un des cas de divorce définis à l'article 229 du Code civil, une demande fondée sur un autre cas.*

Toutefois, s'ils parviennent à un accord en cours d'instance, les époux peuvent saisir le juge, dans les conditions prévues par l'article 246 du Code civil, d'une requête établie selon les formes réglées à la section II du présent chapitre. »

⁹¹⁷ MASSIP (J.), note *Gaz. Pal.*, 22-23 juin 2007, n°174, p.20

⁹¹⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} décembre 2010, pourvoi n°09-14.983, *inédit* ; *Droit de la famille*, avril 2011, Comm. 64, note M. Farge.

« divorce » a, cette fois-ci, été écartée à propos de dommages-intérêts fondés sur le comportement procédural, durant le divorce, de l'époux⁹¹⁹.

247. Proposition de résolution du problème. Nul doute que la soumission au test de proximité permet, selon nous, d'apporter une réponse à cette difficulté. Abstraction faite des éléments de procédure générale qui sont soumis à la *lex causae* en toute matière en application du test de proximité⁹²⁰, il est possible de se rendre compte que les règles particulières liées à ces disciplines sont évidemment plus proches du fond que de la procédure telle que nous l'entendons⁹²¹. C'est d'ailleurs le sens du commentaire de Monsieur Massip relatif à l'arrêt du 12 décembre 2006. Ces règles de droit spécial de procédure, édictées particulièrement pour la matière concernée⁹²², devraient donc, selon nous, être soumises à la loi du fond⁹²³ alors que les règles générales de procédure, communes à toutes matières resteraient soumises à la *lex fori*. Envisager ce découpage nous conduit à approuver les solutions des arrêts de 2006 et 2010. Le changement de la cause de divorce est évidemment une règle spéciale de procédure devant, selon nous, être soumise à la *lex causae* ; alors que l'abus de procédure, qu'il s'agisse ou non d'une procédure de divorce, constitue une règle générale régie par la loi du juge saisi. À l'inverse, il nous apparaît que la solution dégagée par la Cour de cassation en 2009 doit être rejetée. En effet, l'introduction d'une double conciliation obligatoire est une règle spéciale de procédure, liée à la matière particulière qui constitue le divorce. À ce titre, cette question devrait, selon nous, rester soumise à la loi régissant le fond.

248. Conclusion de la section. Dans le dessein d'assurer une application uniforme et cohérente des divers instruments adoptés relativement au fond, l'Union européenne se doit

⁹¹⁹ Au regard du visa, ceux-ci ont été soumis à la loi du for non pas, étrangement, en raison d'une qualification procédurale, mais en application de la *lex loci delicti*.

⁹²⁰ Pour ne prendre qu'un exemple, il est possible de citer la question de la prescription.

⁹²¹ En ce sens, voir, par exemple, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°618, p.424 ; ou encore, MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n°517, p.360.

⁹²² D'autres exemples que le divorce peuvent évidemment être trouvés, et appellent, selon nous, la même réponse. Il en va ainsi du droit des entreprises en difficulté (qui font, par ailleurs l'objet d'un règlement européen spécifique), mais également de toute règle procédurale spécifique à une matière donnée (voir le Livre Troisième du Code de procédure civile). Pour la création de règles procédurales spéciales pour la responsabilité civile, voir RASCHEL (L.), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Préface de L. Cadiet, IRJS Éditions, Collection de l'IRJS – André Tunc, Tome 25, 2010.

Sur la distinction entre les règles générales et spéciales de procédure, voir DESDEVISES (Y.), « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2009, p.213.

⁹²³ Sous réserve de la possibilité matérielle et morale d'appliquer ces dispositions. À défaut, la loi du juge saisi retrouverait sa vocation à s'appliquer en vertu du principe de subsidiarité. Sur ce point, cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §3.

d'apporter certains éclaircissements quant à leur domaine d'application et, par voie de conséquence, sur la délimitation de la catégorie « procédure ». Ainsi, action en justice, intérêts moratoires et distinction des règles générales et des règles spéciales de procédure dans certaines matières – particulièrement le divorce – sont autant de zones d'action à explorer afin d'assurer une qualification cohérente. S'agissant de la première, le flou qui existe à la frontière entre procédure et compétence juridictionnelle mérite toute l'attention des législateurs européens. Toutefois, cette dernière difficulté ne semble pouvoir se résoudre que par une action de nature matérielle, nature qui semble se déduire également des objectifs de l'Union européenne en matière procédurale.

**SECTION 2 : L'INSUFFISANCE DE LA RESOLUTION DES DIFFICULTES LIEES A LA METHODE
CONFLICTUELLE**

249. L'absence de la méthode conflictuelle dans les objectifs procéduraux. Les difficultés liées à la procédure ne sont pas ignorées par les instances officielles européennes. Ainsi, dans les divers documents qu'elles peuvent communiquer, l'influence de la procédure sur la construction de l'espace judiciaire européen semble toujours être mise en avant, démontrant la prise en compte de la réalité des obstacles à franchir. L'Union européenne se dote alors, depuis plusieurs années, de réels objectifs à atteindre relativement à la procédure civile (§1). Or, bien que, comme nous l'avons déjà noté, la méthode conflictuelle soit celle qui a la préférence des autorités de l'Union européenne concernant les litiges transfrontières, il nous apparaît évident – sans toutefois apprécier, pour le moment, l'opportunité de telles mesures⁹²⁴ – que l'approche envisagée par l'Union ne passe pas par une telle méthode. La méthode conflictuelle, bien que perfectible et nécessaire, se révélera donc être insuffisante concernant la procédure dans les rapports privés internationaux (§2).

*§1 : LES OBJECTIFS DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE DE PROCEDURE DANS LES
LITIGES TRANSFRONTALIERS*

250. Aspects positif et négatif des difficultés liées à la procédure dans l'Union européenne. Que ce soit dans les programmes politiques adoptés par le conseil européen ou dans les préambules des règlements européens relatifs à la procédure civile, les enjeux liés à la procédure civile dans les litiges transfrontières sont très présents. Alors que les premiers tendent à faire référence, dans un sens positif et prescriptif, à l'instauration de normes procédurales communes (A), les seconds envisagent l'aspect négatif du problème, à savoir ce qu'il faut combattre, en soulevant l'existence malheureuse de disparités procédurales entre les États membres (B).

A. La référence aux normes procédurales communes dans la politique du conseil européen

251. La procédure dans les programmes du conseil européen. L'objectif ultime que constitue la création de l'espace judiciaire européen passe par la réalisation des objectifs de

⁹²⁴ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2

confiance mutuelle et de libre circulation des décisions⁹²⁵. Or, pour parvenir à ces derniers, l'Union européenne reconnaît la nécessité d'agir en matière procédurale dans les litiges transfrontaliers. Dès lors, elle évoque systématiquement, lorsqu'elle traite des objectifs à atteindre en matière de procédure dans les litiges transfrontières, l'idée de normes procédurales communes.

252. Le conseil de Tampere. Dès la réunion de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, le conseil européen reconnaît la nécessité de pallier les difficultés liées à la procédure en formulant des règles procédurales communes⁹²⁶. Sans pour autant lier cette politique avec un besoin ou des difficultés particulières, il est spécialement formulé au point 38 des conclusions le fait que : « *le Conseil européen invite le Conseil et la Commission à élaborer de nouvelles dispositions de droit procédural dans les affaires transfrontières, concernant, en particulier, les éléments qui contribuent à faciliter la coopération judiciaire et à améliorer l'accès au droit, notamment en matière de mesures provisoires, d'obtention des preuves, d'injonctions de payer et de délais* »⁹²⁷.

Le projet de programme des mesures suivant ces conclusions⁹²⁸ est, quant à lui, parfaitement explicite sur les nécessités entourant l'action de l'Union européenne par rapport à la procédure civile dans les litiges transfrontières. D'une part, il place, parmi les mesures accompagnant la reconnaissance mutuelle, les règles d'ordre procédural comme étant les premières à devoir être édictées. D'autre part, quant à la forme que celles-ci doivent prendre, l'établissement d'un « *certain nombre de règles procédurales* », constituant « *des garanties minimales communes* », est envisagé comme un préalable « *nécessaire, voire indispensable* »⁹²⁹. Allant encore plus loin, il y est même prévu que « *si l'établissement de garanties minimales apparaît insuffisant, les travaux devront s'orienter vers une certaine harmonisation des procédures* »⁹³⁰.

⁹²⁵ Sur l'objectif plus général de création d'un espace judiciaire européen, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

⁹²⁶ Conclusions de la Présidence disponibles en libre accès à :

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm, points 28 et suivants.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, JOCE C12/01 du 15 janvier 2001

⁹²⁹ *Ibid.*, C12/5

⁹³⁰ *Ibid.*, C12/6

253. Le conseil de La Haye. Cinq ans plus tard, le programme de La Haye⁹³¹ adopté lors du conseil européen des 4 et 5 novembre 2004 reprend ces mêmes idées quant à la nécessité de créer des normes procédurales communes. Il réaffirme, démontrant par ailleurs, que le chantier n'est pas terminé, qu'elles seraient nécessaires pour la construction de l'espace judiciaire européen : « *Un espace européen de justice ne constitue pas seulement un espace dans lequel les décisions judiciaires obtenues dans un État membre sont reconnues et exécutées dans d'autres États membres, mais plutôt un espace dans lequel un accès effectif à la justice est garanti en vue de l'obtention et de l'exécution des décisions judiciaires. Pour ce faire, l'Union ne doit pas seulement envisager des dispositions relatives à la compétence, à la reconnaissance et au conflit de lois, mais également des mesures permettant d'instaurer une confiance mutuelle entre les États membres, en créant des normes procédurales minimales et en garantissant un niveau élevé de qualité des systèmes judiciaires, notamment concernant l'équité et le respect des droits de la défense* »⁹³². Le plan d'action y afférent⁹³³ reprend alors des propositions fondées sur ces normes procédurales communes à l'image d'un *Livre vert relatif à des normes minimales applicables à certains aspects du droit procédural* prévu pour 2008⁹³⁴.

254. Le conseil de Stockholm. Dernièrement, le programme de Stockholm⁹³⁵ reprend toujours la même idée en partant de la volonté de supprimer *l'exequatur*. Or, cette dernière n'est réalisable que par des « *mesures relatives tant au droit procédural qu'aux règles de conflit de lois* »⁹³⁶. De façon plus générale, le programme admet explicitement la possibilité que la procédure puisse être une entrave au règlement des affaires civiles internationales : « *Le principal objectif de l'action menée dans le domaine des dispositions de droit procédural en matière civile consiste à faire en sorte que les frontières entre les États membres ne constituent pas un obstacle au règlement des affaires civiles ni à l'engagement de procédures judiciaires ou à l'exécution des décisions en matière civile* »⁹³⁷. Pour ce faire, elle préconise, là encore, de réfléchir à l'établissement de normes procédurales communes. C'est ce que

⁹³¹ « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM(2005) 184 final, JOCE C236 du 24 septembre 2005

⁹³² *Ibid.*, Priorité n°9

⁹³³ Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JOCE C198 du 12 août 2005, pp 1–22

⁹³⁴ *Ibid.*, Proposition 4.3 k). À noter que ce Livre vert n'a encore pas vu le jour.

⁹³⁵ Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE C115 du 4 mai 2010

⁹³⁶ Cf. 3.3.2. du programme de Stockholm précité, JOUE C115/15

⁹³⁷ *Ibid.*

prévoit, pour 2013, le plan d'action attaché avec la réitération de l'idée d'un *Livre vert sur les normes minimales à appliquer aux procédures civiles*⁹³⁸.

Depuis maintenant quinze années, la procédure figure donc systématiquement, et en bonne place, parmi les objectifs politiques de l'Union européenne sous la forme de normes procédurales communes. Leur réitération démontre que l'action de l'Union européenne n'est pas encore achevée en la matière, mais, nous le verrons⁹³⁹, la forme de cette action semble, dès à présent, s'imposer.

B. La référence aux disparités procédurales dans les préambules des règlements européens

255. La procédure dans les justifications des règlements. Par ailleurs, les quelques règlements européens relatifs à la procédure se justifient plus particulièrement, et dans un aspect plus négatif, par les disparités procédurales existantes entre les différents États membres. Cette mosaïque procédurale avait déjà été mise en exergue en 1997 par la Commission dans sa communication relative à une convention sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile ou commerciale⁹⁴⁰. Ainsi, figure parmi les « *données du problème* » l'idée selon laquelle l'Union européenne est un « *espace où coexistent des systèmes procéduraux très divergents, ce qui engendre un défaut de transparence des procédures, un coût inégal des procès et une efficacité inégale des techniques procédurales* »⁹⁴¹. L'idée revient ensuite sans cesse dans le discours de la communication.

256. Le règlement relatif aux créances incontestées. Parmi les trois règlements à être les plus explicites sur la question, celui du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées⁹⁴² est le

⁹³⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 avril 2010 – Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, COM(2010) 171 final, Non publiée au Journal officiel

⁹³⁹ Cf. *infra*, §2

⁹⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « *Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne* », accompagnant la proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les États membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale, COM(97) 609 final du 26 novembre 1997. Cette proposition n'a jamais été adoptée en raison des travaux et de l'adoption du règlement Bruxelles I en 2000.

⁹⁴¹ Point 6 de la communication.

⁹⁴² Règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JOCE L143 du 30 avril 2004

premier à avoir été adopté. Dans cet acte, il est, en premier lieu, précisé la nécessité de normes minimales procédurales. En second lieu y sont évoquées les différences relatives à la procédure civile. Par suite, est conclu le besoin d'unifier ces normes minimales. En effet, les considérants 12 et 13 du règlement relèvent respectivement qu'« [i]l convient d'établir les normes minimales auxquelles doit satisfaire la procédure conduisant à la décision, afin de garantir que le débiteur soit informé, en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, de l'action en justice intentée contre lui, des conditions de sa participation active à la procédure pour contester la créance en cause et des conséquences d'une absence de participation » et qu'« eu égard aux différences entre les États membres en ce qui concerne les règles de procédure civile, notamment celles qui régissent la signification et la notification des actes, il y a lieu de donner une définition précise et détaillée de ces normes minimales »⁹⁴³.

257. Le règlement relatif aux injonctions de payer. Le règlement du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer⁹⁴⁴ évoque également les disparités procédurales comme justification à son adoption et à son contenu. Dans cet acte, c'est l'influence sur l'accès à la justice qui est directement visée ainsi que la mise en concurrence des différents États membres. Il est, en effet, indiqué aux considérants 7 et 8 que : « (7) [t]ous les États membres cherchent à résoudre le problème des multiples recouvrements de créances incontestées, la plupart en élaborant une procédure simplifiée d'injonction de payer, mais le contenu de la législation interne et l'efficacité des procédures nationales varient considérablement d'un État membre à l'autre. De surcroît, les procédures actuelles sont souvent soit irrecevables, soit impraticables dans des litiges transfrontaliers. (8) [l]es entraves à l'accès à une justice efficace qui en résultent dans les litiges transfrontaliers, ainsi que les distorsions de concurrence au sein du marché intérieur causées par l'inégale efficacité des outils procéduraux mis à la disposition des créanciers dans les différents États membres, rendent nécessaire la mise en place d'une législation communautaire garantissant des conditions identiques aux créanciers et débiteurs dans l'ensemble de l'Union européenne »⁹⁴⁵.

⁹⁴³ Ibid., souligné par nous.

⁹⁴⁴ Règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer, JOCE L399 du 30 décembre 2006

⁹⁴⁵ Ibid., souligné par nous.

258. Le règlement relatif aux petits litiges. Enfin, le règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges⁹⁴⁶ reprend également cette même idée d'entrave à l'accès à la justice par l'existence de disparités procédurales dans son septième considérant. Il est d'ailleurs intéressant de constater une formulation quasi identique entre les deux actes⁹⁴⁷.

Il résulte de ces différentes affirmations que ce sont les différences procédurales entre États qui constituent aux yeux de l'Union européenne un obstacle à l'accès à la justice. Il est alors déjà perceptible qu'une action par le biais de la méthode conflictuelle n'est pas celle réellement envisagée par les instances régionales. Et l'on a déjà rencontré quelques-uns de ces exemples – l'action de groupe ou les actions déclaratoires – dont les difficultés ne semblent pas tant ressortir de la qualification que de la disparité des règles matérielles. La première apparaît dès lors insuffisante.

§2 : L'INSUFFISANCE DE LA METHODE CONFLICTUELLE POUR REALISER LES OBJECTIFS DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE DE PROCEDURE DANS LES LITIGES TRANSFRONTALIERS

259. La méthode conflictuelle : insuffisante, subsidiaire et nécessaire. Ces objectifs établis, dans leur double aspect positif et négatif, il convient de les confronter aux méthodes envisagées pour en déduire l'insuffisance de la méthode conflictuelle (A). Pour autant, la défectuosité de cette dernière n'implique pas que celle-ci soit dépourvue de toute utilité. Elle conserve un rôle subsidiaire, mais nécessaire dans le cadre des litiges transfrontières (B).

A. Objectifs de l'Union européenne, méthode conflictuelle et méthode matérielle.

260. Nécessité logique : l'utilisation de la méthode matérielle. Comme nous venons de le voir, la politique de l'Union européenne en ce qui concerne la procédure civile dans les litiges impliquant un élément d'extranéité va continuellement dans le sens de normes

⁹⁴⁶ Règlement (CE) n°861/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, JOCE L199 du 31 juillet 2007.

⁹⁴⁷ Ibid. : « 7) De nombreux États membres ont introduit des procédures civiles simplifiées de règlement des petits litiges, eu égard au fait que les frais, les retards et la complexité liés aux litiges ne diminuent pas toujours proportionnellement au montant de la demande. Les obstacles à l'obtention d'une décision rapide et peu coûteuse augmentent dans les litiges transfrontaliers. Il est par conséquent nécessaire d'instituer une procédure européenne visant à régler les petits litiges, ci-après dénommée "procédure européenne de règlement des petits litiges". Celle-ci devrait avoir pour objectif de faciliter l'accès à la justice. En raison des distorsions de concurrence créées au sein du marché intérieur par les déséquilibres en termes d'efficacité des outils procéduraux mis à la disposition des créanciers dans les différents États membres, il est nécessaire de disposer d'une législation communautaire garantissant des conditions identiques aux créanciers et aux débiteurs dans l'ensemble de l'Union européenne. »

procédurales communes⁹⁴⁸. De ces différents points, marquant la volonté politique de l'Union européenne en matière procédurale, il ressort la nécessité logique d'user de la méthode matérielle en ce domaine. En effet, par définition, se doter de telles règles commande indubitablement la création de règles matérielles procédurales. L'approche envisagée par l'Union européenne consiste à rapprocher les règles matérielles de procédure afin de créer un noyau commun à tous les États membres. La doctrine ne semble, d'ailleurs, pas s'y tromper. La recherche et la consultation d'écrits doctrinaux relatifs à l'action européenne dans le domaine de la procédure civile dans le cadre des litiges transfrontaliers démontrent une plus forte concentration de textes relatifs aux règles matérielles édictées qu'à la méthode conflictuelle.

Au surplus, nous l'avons déjà évoqué, certaines difficultés soulevées par la méthode conflictuelle, principalement celles liées à la distinction entre procédure et compétence, ne semblent pouvoir se résoudre que par l'utilisation de la méthode matérielle. En effet, l'obstacle en la matière ne provient pas réellement d'une difficulté de qualification, mais plutôt de l'influence de l'une sur l'autre, la procédure pesant sur la compétence.

261. Influence du caractère indirect de la règle de conflit. De même, la justification de l'action de l'Union européenne par l'existence de disparités procédurales entre les différents États membres implique, là aussi *ipso facto*, l'instauration de règles matérielles de procédure par l'Union européenne. La méthode conflictuelle est intéressante au regard de la préservation des particularismes nationaux et du respect des principes européens, comme il ressort des travaux européens selon lesquels « *[e]n renforçant la sécurité juridique sans pour autant exiger une harmonisation des règles matérielles de droit interne, la technique de l'harmonisation des règles de conflit de lois respecte pleinement les deux principes de subsidiarité et de proportionnalité* »⁹⁴⁹. Cependant, elle ne permet aucunement de parvenir à un quelconque rapprochement des législations concernées. Cela découle du caractère indirect de la règle de conflit de lois, et donc de la méthode conflictuelle. En effet, par définition, celle-ci implique que la règle de conflit édictée désigne une loi nationale compétente qui, elle seule, et dans un second temps seulement, se verra appliquée au litige pour accéder à la

⁹⁴⁸ Pour une appréciation de la légitimité de telles mesures, cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2

⁹⁴⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») – COM (2003) 427 final – précédemment citée.

Sur ces questions de subsidiarité et de proportionnalité, voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

solution finale⁹⁵⁰. De ce fait, en utilisant la méthode conflictuelle, il n'y aurait aucune modification du droit matériel applicable, et donc, aucune résolution des difficultés liées aux disparités procédurales. L'adoption de règles matérielles uniformes de procédure civile internationale, dans une certaine mesure⁹⁵¹, s'impose donc au législateur européen pour parvenir à ses objectifs.

262. Justification succincte des règles matérielles communes. La recherche d'une confiance mutuelle entre les États membres, d'une part, au profit de la libre circulation des décisions de justice, d'autre part, sont deux aspects nécessaires à la construction de l'espace judiciaire européen, celui-ci constituant l'objectif ultime de l'action de l'Union européenne en matière de litiges transfrontaliers. Or, la réalisation de ces différents objectifs passe inévitablement par la création de normes matérielles communes : l'État requis n'aura confiance dans la décision à exécuter que si les règles procédurales suivies revêtent des exigences similaires⁹⁵². Cet état de fait rend la méthode matérielle nécessaire et légitime. Par conséquent, la méthode conflictuelle s'avère être insuffisante. Néanmoins, une telle insuffisance ne rend pas inutile la méthode conflictuelle. Elle conserve, malgré tout, un rôle dans le traitement de la procédure civile en droit international privé, un rôle subsidiaire et nécessaire.

B. Le rôle subsidiaire et nécessaire de la méthode conflictuelle.

263. Utilité de la méthode conflictuelle. Fort logiquement, nous pouvons déduire de la nécessité, pour l'Union européenne, d'édicter des règles matérielles procédurales communes, l'insuffisance de la méthode conflictuelle. Il est, toutefois, nécessaire de relever que cette conséquence logique n'implique pas l'inutilité de la méthode conflictuelle concernant la procédure en droit international privé, mais une simple déficience. La règle de conflit selon laquelle la procédure doit être soumise à la loi du juge saisi conserve tout de même un rôle subsidiaire, mais néanmoins nécessaire afin de parvenir à un système complet.

264. Rôle subsidiaire de la méthode conflictuelle. D'une part, la méthode conflictuelle conserve un rôle subsidiaire en ce que les règles matérielles alors édictées ne

⁹⁵⁰ Sur la caractère indirect de la règle de conflit de lois, voir, par exemple, NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°199, p.155 ; VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., 2014, n°61, p.41

⁹⁵¹ Nous le verrons, il ne s'agit pas de créer une procédure civile internationale uniforme dans sa totalité, mais simplement de rapprocher les différents aspects essentiels de la procédure pouvant avoir un impact dans les contentieux transfrontières.

⁹⁵² Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1

pourront – ni ne devront⁹⁵³ – porter sur l'ensemble de la procédure civile. Par conséquent, il est impératif de recourir à une autre méthode pour régir les points qui ne feront pas l'objet d'un rapprochement. La méthode conflictuelle et le principe *lex fori regit procesum* trouveront alors pleinement à s'appliquer. Les aspects qui n'auront pas fait l'objet de règles matérielles communes, parce que cela n'était pas requis, seront de nouveau soumis au conflit de lois, et partant, à la méthode conflictuelle⁹⁵⁴. Ces différentes questions seront alors gouvernées, si telle est la qualification retenue, par la loi du juge saisi en application du principe universel exposé précédemment *lex fori regit procesum*. Pour reprendre la formule de Monsieur le Professeur Paul Lagarde, il s'agit du « *rôle coordinateur irremplaçable de la théorie des conflits lois dont on dit trop vite aujourd'hui qu'elle est un peu périmée et qu'elle devrait laisser la place à une réglementation substantielle des rapports internationaux* »⁹⁵⁵.

C'est d'ailleurs le rôle attribué au principe *lex fori regit procesum* dans la proposition faite par l'*American Law Institute* et Unidroit de règles transnationales de procédure civile⁹⁵⁶, exemple de réglementation générale prise en application des principes adoptés par les mêmes organisations⁹⁵⁷. En effet, l'article 10 de ces règles prévoit que « *sous réserve des dispositions de l'article 1, le droit judiciaire privé du for doit être appliqué dans toutes les matières non*

⁹⁵³ En ce sens, cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. Voir également JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.107 : « *il n'est pas certain que l'espace judiciaire européen a vocation à devenir un ordre juridique au sens classique d'un système complet de règles* ».

⁹⁵⁴ Voir KREUZER (K.), « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.97, spéc. p.102 : « *Toutes les lacunes du droit privé matériel uniforme doivent être comblées par le droit privé matériel national déterminé par les règles de droit international privé, qu'elles soient unifiées ou nationales. Le domaine du droit international privé est donc restreint dans la mesure où le droit privé matériel est unifié, mais il n'est pas éliminé. Le droit international privé n'est pas superflu* ». Dans le même sens, voir NIBOYET (M.-L.), « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p.937, spéc. p.942 : « *Comme tous les actes communautaires, les instruments de coopération judiciaire couvrent un champ matériel bien délimité. Les frontières subsistent dans les interstices. L'harmonisation de la coopération judiciaire doit alors se combiner avec l'autonomie des États membres dans le domaine des droits matériels, de la procédure ou des voies d'exécution* » ; KRAMER (X. E.), « Harmonisation of civil procedure and the interaction with private international law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.121, spéc. p.124 : « *As long as there is no full harmonization, and this is likely to be the case in the near but also the more distant future, the two closely interact* » ; ou encore Voir également BLEUSE – DE PONFILLY (S.), *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Paris V – René Descartes, 2000, spéc. p.299.

⁹⁵⁵ À propos du rôle de la méthode conflictuelle dans l'interprétation des règles matérielles internationales unifiées, LAGARDE (P.), « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP*, 1964, p.235, spéc. p.251.

⁹⁵⁶ Voir la proposition de règles de procédure civile transnationale, *Discussion Draft n°2*, 12 avril 2001, FOUCHARD (P.) (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.207

⁹⁵⁷ Les principes, dans leur version définitive, ont été adoptés en 2004 par l'*American Law Institute* et Unidroit. Voir *Rev. dr. unif.*, 2004, p.759

*visées par les Principes et par les Règles »*⁹⁵⁸. On y retrouve bien cette idée de subsidiarité des règles procédurales du for et donc du principe *lex fori regit procesum*.

265. Rôle nécessaire de la méthode conflictuelle. D'autre part, la méthode conflictuelle et les difficultés rencontrées lors de son étude démontrent que celles-ci rejaillissent sur certaines législations du droit européen relatives au fond et non à la procédure. Par conséquent, la résolution des problèmes liés à la méthode conflictuelle en matière procédurale, notamment ceux relatifs à la définition de la catégorie « procédure » permet parallèlement de parfaire et de sécuriser l'application des réglementations déjà édictées par l'Union européenne en d'autres matières. Aussi, si la méthode conflictuelle ne permet pas de parvenir aux objectifs de l'Union en matière procédurale, elle permet d'atteindre l'objectif général de sécurité juridique en clarifiant le domaine d'application assigné à chaque règlement. Pour ne prendre qu'un exemple, la résolution de la difficulté liée aux intérêts moratoires en tant qu'élément procédural ou non permet, parallèlement, de clarifier le domaine de la loi applicable aux obligations désignée par les règlements Rome I et Rome II. L'action sur la méthode conflictuelle en matière procédurale, si elle ne permet pas de remédier aux difficultés posées par la matière et relevées par l'Union, permettra néanmoins de parachever son action dans les autres matières.

266. Conclusion de la section. Bien qu'étant la méthode privilégiée par l'Union européenne pour les litiges transfrontières, la méthode conflictuelle n'a pas les faveurs de l'institution s'agissant de la procédure civile. Loin d'être absente des politiques des instances européennes, la procédure apparaît sous la forme de normes procédurales communes pour pallier les disparités procédurales existantes. Par définition, celles-ci ne pourraient prendre que la forme de règles matérielles de procédure. Toutefois, sauf à se doter d'un système procédural commun totalement utopique et non souhaité, la méthode conflictuelle garde une part d'utilité notamment pour combler les lacunes du système européen. Néanmoins, elle se montre insuffisante et nous conduit à nous interroger sur l'utilisation de la méthode matérielle.

⁹⁵⁸ FOUCHARD (P.) (dir.), précité, p.285.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

267. Difficultés persistantes. Il apparaît que la méthode conflictuelle en matière procédurale soulève toujours quelques difficultés quant à la délimitation de la catégorie. Des solutions doivent alors être adoptées par l'Union européenne afin de parfaire son système réglementaire. En nous fondant sur les principes préalablement dégagés et particulièrement le critère de la neutralité, des propositions ont pu être faites. Ainsi, si l'intérêt à agir doit principalement être soumis à la loi du for en tant que loi de procédure, il nous semble que la qualité, la computation des délais de prescription ou encore les intérêts moratoires doivent se voir soumis à la loi applicable au fond. Une distinction entre le droit spécial de la procédure et le droit commun doit, par ailleurs, être effectuée dans les matières où fond et procédure se mêlent, principalement le divorce. Alors que les dispositions spéciales seraient soumises à la *lex causae*, le droit commun resterait soumis à la loi du juge saisi. Les problèmes soulevés par les rapports entre la procédure et la compétence juridictionnelle ne semblent toutefois pouvoir se résoudre que par des règles matérielles.

268. L'insuffisance de la méthode matérielle. Cette dernière méthode semble, au demeurant, recevoir les faveurs de l'action de l'Union européenne. En effet, bien que la méthode conflictuelle se révèle nécessaire et conserve une vocation subsidiaire dans la mesure où le système matériel européen ne sera pas complet, elle apparaît insuffisante face aux objectifs de l'Union en matière de procédure en droit international privé. La politique menée par celle-ci tend vers la création de normes minimales communes rendues nécessaires par l'existence de disparités entre les systèmes procéduraux des États membres. La réalisation de ces objectifs passe alors nécessairement par la création de règles matérielles.

CONCLUSION DU TITRE 2

269. La méthode conflictuelle : méthode utile, mais insuffisante. S'il existe des difficultés certaines dans la mise en œuvre de la règle de conflit attribuant compétence à la loi du juge saisi pour régir les questions d'ordre procédural, celles-ci reçoivent, pour nombre d'entre elles, une solution certaine dans le cadre de l'Union européenne. Alliant unification catégorielle et règles matérielles, l'instance supranationale a su apporter une réponse tant aux difficultés de qualification qu'à celles relatives à la méthodologie employée. Elle condamne ainsi, par exemple, les méthodes anglo-saxonnes de règlement de conflit de procédures tout comme le renvoi. Par ailleurs, prescription, preuve et réparation ont été expressément soumises, en tout ou partie, à la *lex causae*. Elles sont donc exclues *a fortiori* de la catégorie « procédure ».

Toutefois, quelques incertitudes persistent. Un encadrement de la règle, par une action de l'Union européenne, semble nécessaire afin de préciser la qualification de certaines questions, principalement l'action en justice et les intérêts moratoires. En nous fondant sur le critère de neutralité, nous avons, par exemple, soutenu que ces derniers devaient rentrer dans le domaine de la *lex causae*. Force est de constater, cependant, qu'une telle démarche s'avèrera utile, mais insuffisante pour parvenir à un règlement complet des difficultés liées à la procédure en droit international privé. Il a ainsi été défendu que seule une action matérielle pourrait endiguer les difficultés liées aux liens entre la procédure – particulièrement l'action en justice – et la compétence. Ce point de vue semble conforté par la volonté même des autorités européennes. En effet, la simple lecture des objectifs fixés par l'Union européenne en la matière suffit pour s'apercevoir que celle-ci s'oriente plutôt vers la méthode des règles matérielles pour enrayer les difficultés liées à la procédure.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

270. L'insuffisance de la formulation d'une règle de conflit par l'Union européenne. La première question s'agissant de la procédure en droit international privé européen sous l'angle de la méthode conflictuelle impliquait de s'interroger sur la règle de conflit applicable à la matière. Or, l'étude de la règle attribuant compétence à la loi du juge saisi en matière procédurale, entendue comme règle de conflit de lois, nous semble démontrer toute l'inefficacité de la formulation d'une règle de conflit par l'Union européenne. En effet, alors que la procédure en droit international privé continue d'alimenter les programmes des instances européennes, force est de constater que la règle y afférent en droit commun connaît un retentissement universel. Elle est ainsi connue de tous les États depuis, au moins, le XIII^e siècle. Une certaine incursion de la loi étrangère, par la prise en considération ou au travers de la loi d'autonomie, pourra parfois avoir lieu, mais il ne s'agit que d'exceptions au principe. Partant, si la codification d'une telle règle n'est jamais dénuée d'intérêt – elle permettra ainsi aux instances européennes d'agir pour unifier son domaine –, il nous est difficile de concevoir en quoi cela permettrait d'effacer les difficultés qui sont liées à la matière. Cela nous semble d'autant plus vrai que la règle nous paraît justifiée, principalement par le principe de proximité mis en œuvre par le critère de la neutralité. Il s'agira alors de qualifier de procédurales les questions qui n'ont pas d'incidence directe sur le fond du litige. Ce principe a été retenu au détriment des fondements traditionnels tels que la souveraineté ou la commodité qui ne résistent pas à l'évolution de la matière. La conservation du principe actée, il convenait de se tourner vers la mise en œuvre de cette règle pour voir si la méthode conflictuelle s'accorde avec les objectifs de l'action européenne.

271. L'insuffisance de l'action de l'Union européenne sur l'encadrement de la règle. On aurait pu croire, au regard des nombreuses difficultés que soulève la mise en œuvre de la règle de conflit *lex fori regit procesum* en droit commun, qu'une résolution de celles-ci permettrait de parvenir aux objectifs fixés par l'Union. Cela aurait démontré l'efficacité pleine et entière de la méthode conflictuelle. D'ailleurs, les instances européennes ont déjà réglé, de manière forte heureuse, nombre de ces écueils à l'image de la prescription, de la preuve ou de la réparation. Néanmoins, bien qu'un certain nombre d'entre elles persistent – les intérêts moratoires n'en sont qu'un exemple – et appellent à une intervention suivant les principes préalablement dégagés, la méthode conflictuelle se révèle parfaitement insuffisante. Aucune

divergence dans les systèmes procéduraux des États membres ne saurait, par cette méthode, être annihilée alors que ces dissemblances apparaissent, aux yeux de l'Union européenne, être les maux de l'espace judiciaire européen quand il s'agit de considérer la procédure en droit international privé. La méthode matérielle, vers laquelle nous allons maintenant nous tourner, semble alors être la méthode complémentaire nécessaire.

— Seconde partie —

**Le traitement matériel de la procédure
en droit international privé européen**

— Seconde partie —

Le traitement matériel de la procédure en droit international privé européen

272. Définition de la méthode des règles matérielles. L'Union européenne, dans son action relative à la procédure européenne en droit international privé, a donc une préférence pour le rapprochement des règles matérielles de procédure, ce qui semble se justifier par l'insuffisance de la méthode conflictuelle. Elle se fonde ainsi sur une autre méthode connue du droit international privé. Celle-ci est, contrairement à la méthode conflictuelle, une méthode directe⁹⁵⁹. Elle consiste en la création de règles – de procédure en l'occurrence – qui seraient applicables dès lors que le juge de l'espace judiciaire européen fait face à un litige transfrontière⁹⁶⁰ c'est-à-dire un litige comportant un élément d'extranéité⁹⁶¹. Elles ne sont pas soumises à leur désignation par une règle de conflit de lois, d'où la nature concurrente de la méthode⁹⁶². Elles se distinguent par ailleurs du droit uniforme⁹⁶³. En effet, ce dernier constitue une harmonisation des règles sans considération, contrairement à la méthode qui nous occupe ici, de l'internationalité ou non de la situation⁹⁶⁴.

273. Plan de l'étude. S'affranchissant des règles de conflit pour régir directement le litige, elle constitue une étape supplémentaire dans le rapprochement des législations par rapport à la méthode conflictuelle. En effet, les règles ainsi dégagées se substituent aux règles

⁹⁵⁹ LOQUIN (E.), « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, tome 322, p.9, spéc. p.24 : « Elle donne immédiatement une réponse à une question posée et ne se contente pas de désigner l'ordre juridique d'où procédera la règle de droit qui régira la situation juridique ».

⁹⁶⁰ Sur la question de la limitation aux seuls litiges intraeuropéens ou non, cf. *infra*, Titre 1.

⁹⁶¹ Parfois, le critère de l'internationalité est plus précis. Il peut s'agir, par exemple du seul domicile des parties comme dans le cadre du règlement portant injonction de payer européenne. Cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1

⁹⁶² En ce sens, Madame le Professeur Clavel distingue les règles matérielles internationales de la méthode des règles matérielles. Les premières se définissent comme « un ensemble de règles substantielles, qui ont été spécifiquement définies en considération des situations juridiques internationales, et qui ne sont en principe destinées à s'appliquer qu'à ces dernières » alors que la seconde « renvoie à une modalité spécifique de l'application de ces règles, dérogatoire à la méthode conflictuelle ». Ainsi, ne relèvent d'une méthode concurrente de la méthode conflictuelle que les règles matérielles internationales indépendantes de toute règle de conflit (CLAVEL [S.], *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012, n°191, p.106). Sur l'autonomie de la méthode, cf. *infra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2

Sur les règles matérielles en général, voir également LOQUIN (E.), « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, tome 322, p.9

⁹⁶³ *Ibid.*, p.31

⁹⁶⁴ En tout état de cause, il sera vu que le fondement sur lequel reposeront nos propositions ne permet que la création de règles matérielles relatives aux litiges transfrontières. Cf. *infra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

internes qui auraient pu être applicables en vertu du conflit de lois. Dès lors, il paraît indispensable, avant toute chose, de vérifier si l'Union européenne a bien vocation à créer de telles règles (*Titre 1*). Ce n'est qu'une fois que cette vocation et ses limites auront été démontrées que nous pourrons tenter de déterminer les règles matérielles de procédure en droit international, qu'elles existent déjà, ou qu'elles soient souhaitables (*Titre 2*).

Titre 1 : La vocation de l'Union européenne à régir matériellement la procédure en droit international privé

Titre 2 : Les règles de l'Union européenne pour régir matériellement la procédure en droit international privé

TITRE 1 : LA VOCATION DE L'UNION EUROPÉENNE À RÉGIR MATÉRIELLEMENT LA PROCÉDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

274. Double fondement de l'action. La mise en œuvre de la méthode des règles matérielles implique, par définition, l'adoption de règles matérielles de procédure dans le cadre de litiges privés internationaux par l'Union européenne. Une telle entreprise nécessite que celle-ci ait vocation à agir en la matière. Toutefois, il ne nous semble pas qu'une simple recherche d'un fondement textuel, bien que nécessaire, soit suffisante pour fonder pleinement notre proposition. Ainsi, au-delà de la seule « *conformité aux lois positives* »⁹⁶⁵, c'est l'opportunité même de telles mesures qu'il faudra apprécier pour justifier pleinement l'action de l'Union européenne par le truchement de règles matérielles de procédure, et s'assurer de la légitimité de celle-ci.

Certes, on ne pourra pas se passer de rechercher un fondement textuel – et les conditions de sa mise en œuvre – à l'action de l'Union européenne en matière de règles procédurales transfrontières afin d'établir, en premier lieu la légalité de celle-ci (*Chapitre 1*). Toutefois, il nous semble également nécessaire de se demander, en dehors de ces textes, si l'action de l'Union européenne, particulièrement sous cette forme, serait opportune. En d'autres termes, il s'agira de s'interroger en second lieu sur la légitimité de l'action de l'Union européenne (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 : La légalité de l'action de l'Union européenne

Chapitre 2 : La légitimité de l'action de l'Union européenne

⁹⁶⁵ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd. « Quadrige », 2010, V^o légalité

CHAPITRE 1

LA LEGALITE DE L'ACTION DE L'UNION EUROPEENNE

275. Compétence d'attribution. Avant même de savoir si l'action envisagée est légitime, il est nécessaire d'établir que cette action est légale, c'est-à-dire conforme au droit positif. Or, en vertu de l'article 5 §1 du traité sur l'Union européenne, la légalité de l'action de l'Union européenne est soumise au principe d'attribution. Selon celui-ci, « *l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ». Il apparaît alors indispensable de rechercher le fondement textuel d'une compétence de l'Union européenne pour adopter des règles matérielles de procédure dans les litiges privés internationaux (**Section 1**).

276. Encadrement de la compétence. La découverte de ce fondement n'implique pas pour autant une compétence sans limites de l'Union européenne. Plusieurs principes européens encadrant l'exercice des compétences invitent à s'interroger sur l'étendue exacte des pouvoirs légaux des instances européennes (**Section 2**). S'agissant de règles de procédure, l'autonomie procédurale vient évidemment immédiatement à l'esprit. Mais en outre, pour être légale, l'action envisagée devra se conformer aux principes de subsidiarité et de proportionnalité.

**SECTION 1 : LE FONDEMENT TEXTUEL DE L'ACTION DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE
DE PROCEDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

277. Fondement textuel internationaliste et procédural. Au fur et à mesure de la construction européenne, et corrélativement à l'avènement d'un espace judiciaire européen, l'Union européenne s'est vue dotée de compétences spéciales relatives au droit international privé, mais aussi plus particulièrement quant à l'adoption de règles de procédure matérielles dans le cadre des litiges transfrontières (§1). Bien que ces dispositions, et la compétence qui en découle aient fait l'objet de vives critiques tant sur leur régime que sur leur portée, le rejet de celles-ci nous permettra de conclure à l'existence d'une compétence d'attribution pour l'Union européenne dans notre matière (§2).

§1 : EVOLUTION DES FONDEMENTS POSSIBLES DE REGLES EUROPEENNES DE PROCEDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

278. Évolution. L'évolution des objectifs de l'Union européenne, et notamment la construction d'un espace judiciaire européen⁹⁶⁶, engendra la nécessité de nombreux changements sur le plan des compétences. L'introduction consécutive des dispositions européennes instituant une compétence particulière de l'Union en matière de droit international privé (**A**) s'est accompagnée de dispositions propres à la procédure dans les litiges transfrontières (**B**).

A. L'évolution des dispositions générales fondant l'adoption de règles de droit international privé

279. Le tournant du traité d'Amsterdam. Dépourvus de toute « *finalité judiciaire* »⁹⁶⁷, les traités originaires ne prévoyaient aucune disposition particulière propre à la gestion des relations privées internationales, ou même intracommunautaires, par une intervention directe des instances européennes. Tout au plus était-il possible de trouver des dispositions très générales pouvant couvrir le champ du droit international privé, comme toute autre matière, ou des incitations intergouvernementales (**I**). Le traité d'Amsterdam marque un tournant majeur concernant le droit international privé dans le cadre européen. En effet, outre la conservation des dispositions édictées lors des précédentes évolutions institutionnelles, ont

⁹⁶⁶ Sur cette notion, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §1

⁹⁶⁷ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C. S.), DELICOSTOPOULOS (I. S.), DOUCHY-LOUDOT (M.), FERRAND (F.), LAGARDE (X.), MAGNIER (V.), RUIZ FABRI (H.), SINOPOLI (L.) et SOREL (J.-M.), *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2013, n°133, p.300

été insérées des dispositions portant précisément sur le droit international privé, et même la procédure dans le cadre des litiges transfrontières⁹⁶⁸. Son empreinte est encore très largement présente dans les textes actuels malgré quelques modifications (2).

1. Les dispositions pertinentes avant le traité d'Amsterdam

280. Monopole de la voie intergouvernementale. Il existe quelques dispositions antérieures à 1997 qui auraient pu permettre à l'Europe communautaire, par la voie institutionnelle⁹⁶⁹, d'adopter des mesures générales parmi lesquelles pourraient figurer des règles de droit international privé. Celles-ci n'ont cependant pas été utilisées, ou ne l'ont pas été pour adopter directement des normes de droit international privé (*a*). En effet, a été privilégiée, jusqu'en 1997, la mise en œuvre de dispositions prévoyant une méthode intergouvernementale (*b*).

a. La voie institutionnelle

281. Article 94 TCE. Plusieurs articles de droit originaire posent une faculté pour les instances européennes d'opérer, par la voie institutionnelle, un rapprochement des législations. Leur rédaction, souvent très généraliste, permet d'y voir un potentiel fondement pour la mise en place progressive d'un droit international privé européen. L'article 94 TCE, anciennement article 100, et devenu l'article 115 TFUE, est une disposition existante depuis le traité de Rome et l'origine des Communautés européennes. Il est un exemple topique de ce type de dispositions. Il prévoit que « *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun* ».

Or, il existe un lien indéniable entre l'établissement d'un droit international privé – et même d'une procédure transfrontière – commun et le fonctionnement du marché, notamment quant aux risques de distorsions de concurrence⁹⁷⁰. Cependant, la limitation à la possibilité d'adopter des directives, et la nécessité d'obtenir l'unanimité ont conduit à ce que cette disposition ne soit pas utilisée pour édicter des règles particulières de droit international privé.

⁹⁶⁸ Sur ce point particulier, cf. *infra*, B.

⁹⁶⁹ Selon la terminologie utilisée par Monsieur Partsch dans son analyse critique sur les fondements du droit international privé européen (PARTSCH [P.-E.], *Le droit international privé européen – De Rome à Nice*, Préface de F. Rigaux, Larcier, 2003).

⁹⁷⁰ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2, B.

Le caractère inapproprié de cet article, pour les raisons évoquées, a été souligné par la doctrine⁹⁷¹.

282. Article 95 TCE. L'article suivant, issu de l'acte unique européen de 1986, prévoit quant à lui la possibilité pour les instances européennes d'adopter toute mesure, quelle qu'en soit sa forme, afin d'opérer un rapprochement des législations dans le but de parvenir à l'objectif du marché intérieur⁹⁷². Si cette disposition est fortement utilisée par les autorités européennes du fait de la seule nécessité d'une majorité qualifiée et de sa grande généralité, son emploi en matière de droit international privé est plus délicat⁹⁷³. L'exclusion de l'objectif de libre circulation de personnes, ainsi que des droits et intérêts des travailleurs salariés peuvent expliquer que cette disposition n'ait pas été utilisée. En effet, bien que cela ne soit pas exclusif, le droit international privé, dans l'ordre européen, est particulièrement lié à cette liberté fondamentale et ne peut s'épanouir si l'on exclut cet aspect des relations internationales. Néanmoins, en raison des critiques adressées à l'égard de l'article 65 TCE⁹⁷⁴ adopté en 1997, et malgré cette exclusion qu'il relève pourtant, Monsieur Partsch estime que l'article 95 est – ou en tout cas était, à l'époque – plus approprié pour fonder une action de l'Union européenne en matière de droit international privé que l'article 65 TCE⁹⁷⁵.

283. Article 308 TCE. L'article 308 TCE – ex-article 235 –, troisième et dernière disposition formulée généralement et pouvant donc fonder une action de l'Union en matière de droit international privé, dispose que « *Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la*

⁹⁷¹ Voir, par exemple, PARTSCH (P.-E.), *op. cit.* ; SAGAUT (J.-F.) et CAGNIART (M.), « La légitimité du droit communautaire en droit international privé de la famille », *Droit et Patrimoine*, 2005, n°135, p.22 et s.

⁹⁷² « 1. Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés. »

⁹⁷³ Il est néanmoins possible de relever des règles de droit international privé ponctuelles contenues dans des actes adoptés sur ce fondement. Voir, par exemple, la directive n°93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L95 du 21 avril 1993 : « 1. Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres. »

⁹⁷⁴ Sur lesquelles cf. *infra*, §2

⁹⁷⁵ PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, n°501, p.446

Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ». Soumise à l'unanimité, cette possibilité, apparaissant comme la plus générale, est subsidiaire puisqu'elle n'est ouverte que si aucune autre disposition du traité ne permet de fonder une action de l'Union européenne. Or, il nous semble qu'il existait, et existe encore plus, des articles plus appropriés pour régir le droit international privé, d'où un rejet de ce fondement. En tout état de cause, la voie intergouvernementale était privilégiée.

b. La voie intergouvernementale

284. Article 293 TCE. L'article 220 du traité de Rome de 1957 instituant la Communauté européenne – devenu l'article 293 TCE dans sa version consolidée de 1997⁹⁷⁶ – prévoyait que « *Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoins, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : la protection des personnes, ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque État à ses propres ressortissants ; [...] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales* ». Seule disposition alors vraiment tournée vers les relations privées internationales, c'est sur ce fondement que fut adoptée, par exemple, en 1968, la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁹⁷⁷.

Cet article, dépassant la sphère économique seule couverte par le traité, ne permettait pas, en raison de sa nature, une action directe des instances européennes, d'autant plus que ces dernières se heurtaient à de vives considérations souverainistes⁹⁷⁸. Il se contentait de

⁹⁷⁶ JOCE 10 novembre 1997, C340/03, p. 173. Certains ont pu penser que l'adoption, en 1997, de l'article 65 TCE aurait entraîné – sur proposition de la Commission – une modification de la rédaction de cet article dont le dernier tiret aurait été abrogé, mais il n'en est rien (« *Avant Amsterdam : treize mois de Conférence intergouvernementale* », Les Documents d'information de l'Assemblée nationale, Rapport d'information n°3509, 18/97, Tome I, spéc. p.65).

⁹⁷⁷ « *Les hautes parties contractantes au traité instituant la communauté économique européenne désirant mettre en œuvre les dispositions de l'article 220 dudit traité en vertu duquel elles se sont engagées à assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires, soucieuses de renforcer dans la communauté la protection juridique des personnes qui y sont établies [...] ont décidé de conclure la présente convention* ».

⁹⁷⁸ Cette objection nous semble, cependant, devoir être écartée, et elle le fut, en ce qu'en acceptant une disposition attribuant compétence à l'Union européenne, les États n'abandonnent pas leur souveraineté, mais en usent (en ce sens, voir GUILLAUME [J.], *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Préface de C. Grare-Didier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 530, 2011, n°181, p.88 et les nombreuses références citées par l'auteur, et BEAUD [O.], *La puissance de l'État*, PUF, 1994). Le problème ressurgira

constituer un engagement des États membres à mener des tractations entre eux afin de parvenir aux objectifs visés par le biais de la méthode dite intergouvernementale. Si les États jouissaient déjà de cette capacité en tant que sujets de droit international, une telle disposition apparaît comme un véritable commandement d'entrer en négociation sur les sujets abordés⁹⁷⁹. À défaut, l'État fautif s'exposerait à des sanctions telles qu'un recours en constatation de manquement⁹⁸⁰. Ces négociations ne doivent toutefois être entreprises qu'« *en tant que de besoins* » marquant ainsi toute la subsidiarité de l'article 293 TCE. Les négociations ne devront être menées que si les instances européennes ne disposent pas d'un pouvoir particulier en la matière. Bien que ce texte ait été très utilisé jusqu'en 1997, l'introduction de l'article 65 TCE cette année-là, posant une compétence spéciale de l'Union européenne sur laquelle nous reviendrons, explique l'abandon, en pratique, de ce fondement en droit international privé après cette date. Cet abandon est même textuel depuis 2007, malgré les difficultés d'interprétation de la nouvelle disposition.

Comme le note Monsieur Partsch, l'article 293 TCE a un lien étroit avec le droit international privé en ce qu'il évoque des situations avec des éléments d'extranéité. Toutefois, il y est également prévu une simple coordination des systèmes, mais non une unification ou même une harmonisation⁹⁸¹. Par ailleurs, bien qu'il repose sur l'adoption de conventions internationales soumises aux procédures du Droit international public, sa place dans le premier pilier⁹⁸² et son rattachement aux objectifs communautaires lui permettent d'entretenir des liens privilégiés avec la Communauté européenne. L'efficacité des actes adoptés dans ce contexte y trouve toute son origine. En effet, ce double rattachement ouvre droit à ce qu'ils soient soumis à la discipline communautaire. L'interprétation des stipulations conventionnelles par la juridiction européenne, certes restreinte, est l'avantage le plus significatif qu'il nous est possible d'énoncer, ce que ne permettait pas, ou alors dans une moindre mesure, le troisième pilier.

concernant la question des compétences externes de l'Union européenne (cf. *infra*, §2, B). Concernant la problématique de la souveraineté et de la procédure en droit international privé, cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2.

⁹⁷⁹ En témoigne l'utilisation de l'indicatif futur (« *engageront* »). PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, n°26, p.46 ; HUET (A.), « Article 220 », in *Traité instituant la CEE – Commentaire article par article*, sous la direction de CONSTANTINESCO (V.), JACQUE (J.-P.), KOVAR (R.) et SIMON (D.), Economica, 1992, p.1377.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, p.44 et s.

⁹⁸² Le traité sur l'Union européenne, adopté à Maastricht le 7 février 1992 (JOCE C191 du 29 juillet 1992) a mis en place un système en trois piliers : le premier pilier était un pilier communautaire offrant aux instances européennes des compétences autonomes ; les deuxième (PESC) et troisième (JAI) piliers étaient intergouvernementaux dans la mesure où les États conservaient leur souveraineté et leur pouvoir autonome de décision malgré l'influence des Communautés européennes sur les sujets traités.

285. Troisième pilier. L'instauration du système en trois piliers – qui a perduré jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne – a également ouvert la possibilité d'adopter des mesures de droit international privé sur le fondement de la coopération judiciaire civile incluse dans le troisième pilier à l'article K.1 6) du traité de Maastricht. Toutefois, la méthode employée dans le cadre de ce pilier est, une fois encore, la méthode intergouvernementale. L'unanimité y était nécessaire. Certaines conventions ont pu être adoptées sur ce fondement, ou étaient en projet dans ce cadre, mais aucune n'est jamais entrée en vigueur⁹⁸³ en raison de la « communautarisation », en 1997, de cette matière⁹⁸⁴.

286. Inadéquation de la voie intergouvernementale. La mise en œuvre de ces dispositions, associées aux initiatives étatiques libres⁹⁸⁵, ne permettait pas de voir dans l'Union européenne une véritable source de règles de droit international privé. Le lien est cependant indéniable et ces conventions apparaissent « *largement assimilables à des dispositions de droit dérivé* »⁹⁸⁶. Cette place est d'autant plus privilégiée que les instances européennes ont, en raison du pouvoir général d'initiative de la commission et de propositions du conseil et de la commission, une véritable influence pratique sur la mise en œuvre de cette voie. La méthode ainsi employée de coopération intergouvernementale apparaissait comme suffisante, l'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice n'étant pas encore véritablement développé par les instances européennes, qui se focalisaient sur la dimension économique du marché commun. Le rapprochement des législations de droit international privé ne constituait, dès lors, pas la finalité principale des instances européennes, mais un complément à l'action principale qu'était l'établissement de ce marché⁹⁸⁷. L'apparition et l'évolution qualitative de l'espace judiciaire européen ont, par la suite, provoqué l'inadéquation de cette méthode. Les institutions européennes ont donc corrélativement été amenées à faire évoluer les fondements textuels appropriés afin que le droit international privé et même la procédure transfrontière puissent connaître un véritable développement européen.

⁹⁸³ Par exemple, Convention du 26 mai 1997 relative à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, JOCE C261 du 27 août 1997 ; Convention Bruxelles II du 28 mai 1998 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, JOCE C221 du 16 juillet 1998.

⁹⁸⁴ Cf. *infra*, 2. Les États n'ont, partant, pas donné suite à ces conventions en ne les ratifiant pas.

⁹⁸⁵ Par exemple, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles n'est aucunement rattachée à l'une ou l'autre des dispositions des traités européens. Il est cependant remarquable que cette convention ait été publiée au journal officiel (JOCE L266 du 9 octobre 1980) et jouisse d'un véritable attachement à l'ordre juridique européen depuis son adoption. Son interprétation était, par exemple, soumise à la CJCE.

⁹⁸⁶ PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, p.227

⁹⁸⁷ Dans le même sens, voir PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, n°12, p.25.

2. Les dispositions pertinentes après le traité d'Amsterdam

287. Article 65 TCE. Le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999⁹⁸⁸, marque un tournant majeur dans la compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé. En effet, l'article 65 du traité sur la Communauté européenne, dans sa version issue du traité d'Amsterdam, habilite les institutions européennes à prendre des mesures permettant de faciliter la résolution des conflits de lois et de juridictions dans le cadre des relations transfrontières. Il s'agit de la « *première base juridique consacrée expressément à certaines matières relevant traditionnellement du droit international privé* »⁹⁸⁹. Plus précisément, l'article 65 dispose que « *Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à [...] b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence* ».

L'adoption de cette disposition accompagne l'instauration, dans le même traité, de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice comme objectif de l'Union européenne à l'article 2 du traité sur l'Union européenne⁹⁹⁰. À ce propos, Monsieur le Professeur Basedow note que « *Le transfert de compétence législative effectué par le Traité d'Amsterdam [...] est donc venu en moment utile. Il permet à la Communauté pour la première fois de légiférer de façon cohérente en matière de droit international privé. Alors que les interventions fragmentaires du passé étaient motivées par un défaut de compétence législative intégrale, l'article 65 CE a comblé la lacune* »⁹⁹¹. Marquée par les critiques⁹⁹², la disposition connut néanmoins un fort succès et a été reconduite, bien que légèrement modifiée, par le traité de Lisbonne.

288. Traité de Lisbonne. L'adoption du traité de Lisbonne le 13 décembre 2007⁹⁹³ n'a pas abandonné ce qui a été construit en 1997 en matière de droit international privé. Outre la conservation des articles 114, 115 et 352 (respectivement les ex-articles 95, 94 et 308 TCE), l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pose une

⁹⁸⁸ JOCE, 10 novembre 1997, C340/01, p.1

⁹⁸⁹ PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, n°14, p.28.

⁹⁹⁰ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §1, C., 1.

⁹⁹¹ BASEDOW (J.), « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, p.275, spéc. p.276

⁹⁹² Cf. *infra*, §2

⁹⁹³ JOUE, 17 décembre 2007, C306/01, p.1

compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé très proche de celle édictée par le traité d'Amsterdam. Il est ainsi dorénavant prévu que « 1. *L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.* 2. *Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer : [...] c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence* ». Si le *littera* traitant particulièrement des conflits de lois et de juridictions n'a connu aucune modification, deux différences fondamentales de formulation quant à la disposition générale peuvent toutefois être notées.

D'une part, la référence au fonctionnement du marché intérieur n'est plus qu'une indication facultative marquée par l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ». La compétence de l'Union européenne s'en trouve donc élargie. Elle n'est plus confinée à ce critère, démontrant au surplus l'absence de coïncidence parfaite entre les frontières du marché intérieur et celles de l'espace judiciaire européen⁹⁹⁴. Cet élargissement est d'autant plus remarquable que l'article 293, encourageant une coopération intergouvernementale dans les mêmes matières, a été abrogé.

D'autre part, l'ajout du paragraphe 1, notamment en sa deuxième phrase, semble répondre aux critiques qui ont pu être formulées quant à l'ancien article 65. Il reflète la volonté de mettre un terme aux controverses liées à la portée de cette disposition⁹⁹⁵. L'existence d'un *littera* relatif spécifiquement à la procédure est, par ailleurs, conservé.

B. L'évolution des dispositions fondant l'adoption de règles procédurales en droit international privé

289. Existence d'une disposition spéciale. Il existe une disposition spécifique, intéressant particulièrement la procédure civile dans les litiges transfrontaliers, contenue dans la disposition plus générale apportant une base juridique à l'action de l'Union européenne en

⁹⁹⁴ NIBOYET (M.-L.), « L'europanisation du droit international privé des conflits de juridictions – Les frontières de l'espace européen de justice », in *Union européenne et droit international – En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, 2013, p.815, spéc. p.822. Sur les frontières de l'espace judiciaire européen, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §1, B.

⁹⁹⁵ Sur ces critiques et leur rejet, cf. *infra*, §2

matière de droit international privé. Si les dispositions évoquées précédemment permettraient l'adoption d'une règle de conflit régissant la procédure⁹⁹⁶, l'article 65 c) TCE, repris à l'article 81 §2 f) TFUE, semble prévoir la possibilité pour les instances européennes d'adopter des règles matérielles procédurales dans le cadre de litiges internationaux. Il y est prévu que l'Union européenne peut prendre des mesures dans le cadre des litiges transfrontières afin de supprimer « *les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* ». Ainsi, l'Union européenne s'est bien vue attribuer une compétence spéciale et précise lui permettant, comme nous le proposons, d'adopter des règles matérielles en matière de procédure en droit international privé.

La lecture attentive de la disposition permet de constater que la compétence en la matière n'est pas absolue, mais est limitée par deux critères. Le premier consiste en la seule compétence, sur ce fondement du moins, pour « *les matières civiles ayant une incidence transfrontière* ». Monsieur le Professeur Biavati estime que « *le fait de souligner que l'Union peut s'occuper de la justice civile seulement pour ce qui concerne les litiges ayant une incidence transfrontière manifeste la volonté de faire obstacle aux velléités d'une plus intense harmonisation du droit judiciaire privé des États membres* »⁹⁹⁷. Est en effet posée la question de la définition des litiges auxquels peuvent s'appliquer ces législations. L'article 81 prévoit expressément une condition d'internationalité. En 2005, à l'occasion des discussions sur les règlements instituant une injonction de payer européenne et une procédure de règlement des petits litiges, la Commission a souhaité étendre ses propositions aux litiges internes en interprétant la notion de « transfrontières » comme faisant référence aux matières⁹⁹⁸, et non aux litiges. Pour autant, les États membres et le Parlement se sont prononcés en faveur du maintien d'une relation, et donc d'un litige transfrontière⁹⁹⁹. Si le droit international privé est seul à nous intéresser ici, il est intéressant de noter que du point de vue de la légalité, et bien qu'une telle action aurait peut-être pu paraître légitime¹⁰⁰⁰, le rapprochement des procédures

⁹⁹⁶ Cf., sur cette question, Partie 1.

⁹⁹⁷ BIAVATI (P.), « L'avenir du droit judiciaire privé d'origine européen – De l'harmonisation des règles à l'harmonisation des effets », *RTDE*, 2010, p.563.

⁹⁹⁸ Il s'agirait des matières ayant une incidence transfrontière c'est-à-dire ayant une incidence économique fondamentale. Voir notamment NIBOYET (M.-L.), « 2005 : la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Droit & Patrimoine*, février 2006, n°145, p.110, spéc. p.112.

⁹⁹⁹ Sur l'effacement des frontières dans l'ordre européen et l'influence de ce nouvel ordre juridique sur la distinction entre litiges internes et litiges internationaux, voir PATAUT (E.), « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Justice et droits fondamentaux – Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.365

¹⁰⁰⁰ Cf. Chapitre 2, Section 1, §2, B. Cependant, sur le risque causé par un double système procédural – l'un interne, l'autre international – voir STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area*

n'est possible que pour les litiges comportant un élément d'extranéité¹⁰⁰¹. Il est possible toutefois d'imaginer une telle action sur le fondement des dispositions plus générales énoncées précédemment et conservées par le traité de Lisbonne. Néanmoins, un tel questionnement, bien qu'indéniablement non dénué d'intérêt, dépasse le cadre de notre étude. Reste alors à définir le litige transfrontière. Aujourd'hui, le critère du domicile ou de la résidence semble avoir les faveurs du législateur européen. Toutefois, l'expérience de l'injonction de payer européenne¹⁰⁰² montre qu'à se limiter à un seul critère, certaines situations pourtant internationales pourraient se voir écartées. Aussi, il nous semble que n'importe quel élément d'extranéité devrait suffire pour caractériser une situation de droit international privé, et donc la mise en œuvre des règles dont il est question dans notre étude.

Le second réside dans la restriction des mesures que l'Union européenne peut prendre à celles dont les disparités constituent des « *obstacles au bon déroulement des procédures* ». Cette formulation démontre tout l'encadrement de cette compétence¹⁰⁰³, encadrement que nous approuvons. En effet, nul besoin d'harmoniser l'intégralité de la procédure civile entre États membres, même dans la seule mesure des litiges transfrontières, pour permettre et favoriser la libre circulation des décisions, l'accès effectif à la justice et, partant, l'établissement de l'espace judiciaire européen. Certains aspects procéduraux, à l'image d'un choix entre une procédure orale ou écrite, n'ont aucun effet sur ces objectifs et peuvent parfaitement rester à la libre appréciation des États membres. En effet, cette question ne constitue qu'une modalité de la tenue de l'instance. Partant, elle ne constitue aucunement une entrave pour quelque citoyen que ce soit. Par ailleurs, on ne voit pas quelle difficulté, d'ordre technique ou intellectuel, pourrait faire naître un doute sur la capacité des États membres à accepter une décision ressortissant de l'une ou de l'autre de ces modalités. Le rapprochement matériel des procédures nous paraît donc devoir être limité à la stricte mesure du nécessaire, ce que semble confirmer la nature de la compétence allouée à l'Union européenne.

uncovered, Oxford University Press, 2008, spéc. p.23 ; et WAGNER (R.), « Harmonisation of civil procedure: policy perspectives », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.93, spéc. p.100.

¹⁰⁰¹ À cet égard, certains auteurs doutent, dès lors, de la légalité des dispositions procédurales contenues dans la récente directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L349 du 5 décembre 2014. En effet, celle-ci s'applique tant aux litiges internes qu'aux litiges transfrontières. En ce sens, voir BRÖMMELMEYER (C.), JEULAND (E.) et SERAFIMOVA (M.), « Directive Private enforcement : l'Union européenne dépasse-t-elle les bornes ? », *JCP G*, n°12, 23 mars 2015, Doctr. 343, n°10 et s.

¹⁰⁰² Cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §3, A.

¹⁰⁰³ En ce sens, voir PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, n°329, p.311

290. Régime de la compétence attribuée à l'Union européenne. Cet article 81 §2 f) TFUE ne constitue pas une compétence exclusive de l'Union européenne¹⁰⁰⁴. Il s'agit donc, comme le rappelle l'article 4 §2 j) TFUE, d'une compétence partagée entre les instances régionales et les États membres. Par conséquent, toute mesure prise sur ce fondement doit respecter les principes régissant le partage des compétences, justifiant ainsi la limitation à la stricte mesure du nécessaire¹⁰⁰⁵.

Certains auteurs¹⁰⁰⁶ ont même pu établir qu'il s'agissait d'une compétence concurrente¹⁰⁰⁷. Les États ne pourraient agir en matière de droit international privé et de procédure transfrontière que tant que l'Union européenne n'a pas usé de sa compétence qui, en application du principe de préemption, devient par la suite exclusive. À ce titre, Madame le Professeur Johanna Guillaumé note « *que les systèmes nationaux de droit international privé ne subsistent que si la Communauté n'a pas utilisé ses compétences, explicites ou implicites ; car ces compétences étant exclusives, elles font disparaître les compétences étatiques dès lors qu'elles sont utilisées* »¹⁰⁰⁸. L'article 2 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne confirme rétroactivement cette analyse¹⁰⁰⁹.

Au surplus, l'article 65 c) – actuel article 81 §2 f) – suit évidemment le régime, et partant, les critiques qui ont été adressées à l'égard de l'ensemble de la disposition, mais que nous nous apprêtons à rejeter.

¹⁰⁰⁴ La liste des compétences exclusives de l'Union européenne est dressée à l'article 3 TFUE : union douanière, établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro, conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, et la politique commerciale commune.

Bien que la question ne fût pas abordée avant, cette absence d'exclusivité s'applique à l'ensemble de l'article 81, et non au seul *littera* étudié ici.

¹⁰⁰⁵ Cf. *infra*, Section 2, §2, B., 1.

¹⁰⁰⁶ Voir, notamment, GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, tome 312, p.23, spéc. n°117, p.120 et n°135, p.145.

¹⁰⁰⁷ Par opposition aux compétences conjointes (où instances européennes et autorités nationales agissent ensemble pour réaliser un objectif européen) et parallèles (lorsque l'usage de la compétence partagée par l'Union européenne ne conduit à aucune préemption). Sur cette classification, cf. GUILLAUME (J.), *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Préface de C. Grare-Didier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 530, 2011, n°162, p.78.

¹⁰⁰⁸ GUILLAUME (J.), *op. cit.*, n°181, p.88.

¹⁰⁰⁹ « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne.* »

§2 : REJET DES CRITIQUES DES FONDEMENTS POSSIBLES DE L'ADOPTION DE REGLES EUROPEENNES DE PROCEDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

291. Rejet des critiques. Plusieurs critiques ont pu être adressées à l'encontre de la disposition créée par le traité d'Amsterdam. Ces quelques éléments développés par la doctrine s'opposaient avec plus ou moins de force à l'utilisation de l'article 65 TCE comme fondement à un rapprochement des droits internationaux privés des États membres. Soit il ne s'agissait pas d'un fondement adéquat du traité, soit sa portée ne permettait pas une telle entreprise. Aucune critique ne semblait viser particulièrement le *littera* relatif à la procédure. Les objections portaient plutôt sur la problématique du conflit de lois et de juridictions. Mais en contestant la disposition dans sa globalité était, par voie de conséquence, remise en cause la compétence en matière de procédure transfrontière.

L'évolution des dispositions suite à la poursuite de la construction européenne a fait disparaître chacune des objections institutionnelles opposées à l'article 65 TCE (A). Par ailleurs, l'adoption d'une conception large de la portée de l'article 65 TCE puis 81 TFUE (B) achèvera d'emporter notre conviction quant à l'existence d'une compétence d'attribution pour l'Union européenne en matière de droit international privé, et surtout de règles matérielles procédurales, sur le fondement de l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

A. La disparition des objections institutionnelles

292. Exposé des critiques initiales. Étudiant de manière approfondie la question dans sa monographie¹⁰¹⁰, Monsieur Partsch met en avant quatre objections fondées sur ce qui constituait alors le contexte institutionnel de l'article 65 TCE¹⁰¹¹. Ces critiques s'adressaient à la disposition dans son ensemble, y compris dans son aspect procédural du *littera* c). Partant, l'auteur parle plutôt d'une disposition en devenir et lui préfère, à l'époque, l'article 95 TCE qui n'a pourtant jamais été utilisé pour le droit international privé.

Premièrement, il regrette le statut dérogatoire accordé à certains États, en l'occurrence le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark. En effet, l'article 69 du traité instituant la

¹⁰¹⁰ PARTSCH (P.-E.), *Le droit international privé européen – De Rome à Nice*, Préface de F. Rigaux, Larcier, 2003

¹⁰¹¹ *Ibid.*, n°501, p.446. Ces critiques sont reprises par SAGAUT (J.-F.) et CAGNIART (M.), « La légitimité du droit communautaire en droit international privé de la famille », *Droit et Patrimoine*, 2005, n°135, p.22 et s.

Communauté européenne dans sa version consolidée d'Amsterdam¹⁰¹² pose la réserve de ces trois États concernant le titre au sein duquel est placé l'article 65.

Deuxièmement, l'article 67 prévoit, dans le cadre de ce même titre, la nécessité de l'unanimité au Conseil, que ce soit pendant la période transitoire de cinq ans ou après¹⁰¹³. De ce point de vue, la « communautarisation » de la coopération judiciaire civile, dans son aspect international, n'apporte donc pas de réel avantage par rapport à la voie intergouvernementale. Dans les deux cas, un consensus des États parties sera, bien que plus difficile à obtenir, nécessaire, le Conseil étant composé de représentants de chacun des États membres.

Troisièmement, l'auteur déplore le déficit démocratique issu de cette disposition, le Parlement n'ayant, comme l'indique l'article 67, qu'un rôle consultatif dans le processus de décision. Or, le Parlement est la seule instance européenne bénéficiant d'une véritable assise démocratique due à son élection au suffrage universel direct.

Quatrièmement, l'article 68 pose des conditions strictes pour le renvoi préjudiciel¹⁰¹⁴ limitant considérablement l'apport d'une telle place dans le traité pour les dispositions de droit international privé. En effet, alors qu'une large ouverture du renvoi préjudiciel auprès de la Cour de justice marque une véritable intégration en facilitant une interprétation uniforme, le droit international privé européen issu de l'article 65 n'était susceptible de renvoi que de la part des juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours. Celles-ci n'en avaient, par ailleurs, pas l'obligation ; il ne s'agissait que d'une simple faculté.

¹⁰¹² Article 69 (ex-article 73 Q) TCE : « Le présent titre s'applique sous réserve des dispositions du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande et du protocole sur la position du Danemark et sans préjudice du protocole sur l'application de certains aspects de l'article 14 du traité instituant la Communauté européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande ».

¹⁰¹³ Article 67 (ex-article 73 O) TCE : « 1. Pendant une période transitoire de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'un État membre et après consultation du Parlement européen. 2. Après cette période de cinq ans :

- le Conseil statue sur des propositions de la Commission ; la Commission examine toute demande d'un État membre visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil ;

- le Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen, prend une décision en vue de rendre la procédure visée à l'article 251 applicable à tous les domaines couverts par le présent titre ou à certains d'entre eux et d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice ».

¹⁰¹⁴ Article 68 (ex-article 73 P) TCE : « 1. L'article 234 est applicable au présent titre dans les circonstances et conditions suivantes : lorsqu'une question sur l'interprétation du présent titre ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté sur la base du présent titre est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demande à la Cour de justice de statuer sur cette question. 2. En tout état de cause, la Cour de justice n'est pas compétente pour statuer sur les mesures ou décisions prises en application de l'article 62, point 1), portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. 3. Le Conseil, la Commission ou un État membre a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer sur une question d'interprétation du présent titre ou d'actes pris par les institutions de la Communauté sur la base de celui-ci. L'arrêt rendu par la Cour de justice en réponse à une telle demande n'est pas applicable aux décisions des juridictions des États membres qui ont force de chose jugée ».

293. Disparition des critiques. Comme souligné dans le programme de Stockholm¹⁰¹⁵, les traités postérieurs au traité d'Amsterdam, au dernier rang desquels le traité de Lisbonne, ont considérablement modifié le contexte institutionnel de l'espace judiciaire européen, permettant d'écarter les conclusions de Monsieur Partsch¹⁰¹⁶. Toutes les questions n'ont certes pas été réglées, principalement le problème du statut dérogatoire accordé à certains États. En effet, en application des protocoles n°21 et 22, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark bénéficient toujours d'un statut particulier par rapport au Titre V du traité relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel se place l'article 81.

Toutefois, les trois autres critiques – certainement d'ailleurs, les plus importantes – ont aujourd'hui disparu. Tout d'abord, le traité de Nice a, sauf le cas particulier du droit de la famille, supprimé l'exigence d'unanimité pour lui préférer l'adoption de mesures à la majorité qualifiée. Le traité de Lisbonne soumet expressément les mesures de l'article 81, toujours sous la même réserve, à la procédure législative ordinaire. Il s'agit de la procédure exposée à l'article 294 TFUE qui ne fait pas, ou peu, place à l'unanimité¹⁰¹⁷ au bénéfice de la majorité

¹⁰¹⁵ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE C115 du 4 mai 2010, pp. 1–38, spéc. p.4 : « *Le Conseil européen note avec satisfaction que le Parlement européen et les parlements nationaux joueront un rôle accru à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Les citoyens et les associations représentatives auront davantage la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union, conformément à l'article 11 du traité UE, ce qui renforcera le caractère ouvert et démocratique de l'Union, dans l'intérêt de ses peuples.* »

Le traité facilite la réalisation des objectifs décrits dans le présent programme, tant pour les institutions de l'Union que pour les États membres. Le rôle de la Commission dans l'élaboration des initiatives est confirmé ainsi que le droit pour un groupe d'au moins sept États membres de présenter des propositions législatives. Le processus législatif est amélioré par le recours, dans la plupart des secteurs, à la procédure de codécision, permettant ainsi d'associer pleinement le Parlement européen. Les parlements nationaux joueront un rôle accru dans le processus législatif. En renforçant également le rôle de la Cour de justice, le traité permettra d'améliorer la capacité de l'Europe à mettre pleinement en œuvre la politique adoptée dans ce domaine et à garantir la cohérence de l'interprétation. »

Les mêmes idées sont également mises en avant par le Parlement européen dans sa résolution du 25 novembre 2009 sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens – programme de Stockholm.

¹⁰¹⁶ PAYAN (G.), « Programme de Stockholm et coopération judiciaire civile : des orientations du conseil européen au plan d'action de la commission européenne », *R.R.J.*, 2010, p.1809, n°3, p.1810

¹⁰¹⁷ Article 294 (ex-article 251 TCE) : « 1. Lorsque, dans les traités, il est fait référence à la procédure législative ordinaire pour l'adoption d'un acte, la procédure suivante est applicable. 2. La Commission présente une proposition au Parlement européen et au Conseil. Première lecture 3. Le Parlement européen arrête sa position en première lecture et la transmet au Conseil. 4. Si le Conseil approuve la position du Parlement européen, l'acte concerné est adopté dans la formulation qui correspond à la position du Parlement européen. 5. Si le Conseil n'approuve pas la position du Parlement européen, il adopte sa position en première lecture et la transmet au Parlement européen. 6. Le Conseil informe pleinement le Parlement européen des raisons qui l'ont conduit à adopter sa position en première lecture. La Commission informe pleinement le Parlement européen de sa position. Deuxième lecture 7. Si, dans un délai de trois mois après cette transmission, le Parlement européen : a) approuve la position du Conseil en première lecture ou ne s'est pas prononcé, l'acte concerné est réputé adopté dans la formulation qui correspond à la position du Conseil ; b) rejette, à la majorité des membres qui le composent, la position du Conseil en première lecture, l'acte proposé est réputé non adopté ; c) propose, à la majorité des membres qui le composent, des amendements à la position du Conseil en première lecture, le texte ainsi amendé est transmis au Conseil et à la Commission, qui émet un avis sur ces amendements. »

qualifiée. Cette procédure fait, par ailleurs, une large place au Parlement, seule institution élue par les citoyens européens. L'assise démocratique des mesures, critiquée ensuite, s'en trouve par conséquent accrue. L'amplification du rôle accordé aux Parlements nationaux ne fait que renforcer cette position. En effet, outre l'article 81 §3 TFUE qui permet aux parlements nationaux de s'opposer à la proposition avancée par les instances européennes dans les six mois de sa transmission, empêchant ainsi son adoption en matière de droit de la famille¹⁰¹⁸, l'article 12 du traité sur l'Union européenne offre de véritables pouvoirs à ces institutions nationales. Il est ainsi prévu qu'ils « *contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union : a) en étant informés par les institutions de l'Union et en recevant notification des projets d'actes législatifs de l'Union conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ; b) en veillant au respect du principe de subsidiarité conformément aux procédures prévues par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ; c) en participant, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans cet espace, conformément à l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et en étant associés au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust, conformément aux articles 88 et 85 dudit traité ; d) en prenant part aux procédures de révision des traités, conformément à l'article 48 du présent traité ; e) en étant*

8. Si, dans un délai de trois mois après réception des amendements du Parlement européen, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée : a) approuve tous ces amendements, l'acte concerné est réputé adopté ; b) n'approuve pas tous les amendements, le président du Conseil, en accord avec le président du Parlement européen, convoque le comité de conciliation dans un délai de six semaines. 9. Le Conseil statue à l'unanimité sur les amendements ayant fait l'objet d'un avis négatif de la Commission. Conciliation 10. Le comité de conciliation, qui réunit les membres du Conseil ou leurs représentants et autant de membres représentant le Parlement européen, a pour mission d'aboutir à un accord sur un projet commun à la majorité qualifiée des membres du Conseil ou de leurs représentants et à la majorité des membres représentant le Parlement européen dans un délai de six semaines à partir de sa convocation, sur la base des positions du Parlement européen et du Conseil en deuxième lecture. 11. La Commission participe aux travaux du comité de conciliation et prend toute initiative nécessaire en vue de promouvoir un rapprochement des positions du Parlement européen et du Conseil. 12. Si, dans un délai de six semaines après sa convocation, le comité de conciliation n'approuve pas de projet commun, l'acte proposé est réputé non adopté. Troisième lecture 13. Si, dans ce délai, le comité de conciliation approuve un projet commun, le Parlement européen et le Conseil disposent chacun d'un délai de six semaines à compter de cette approbation pour adopter l'acte concerné conformément à ce projet, le Parlement européen statuant à la majorité des suffrages exprimés et le Conseil à la majorité qualifiée. À défaut, l'acte proposé est réputé non adopté. 14. Les délais de trois mois et de six semaines visés au présent article sont prolongés respectivement d'un mois et de deux semaines au maximum à l'initiative du Parlement européen ou du Conseil. »

¹⁰¹⁸ « Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. La proposition visée au deuxième alinéa est transmise aux parlements nationaux. En cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil peut adopter ladite décision. »

informés des demandes d'adhésion à l'Union, conformément à l'article 49 du présent traité ; f) en participant à la coopération interparlementaire entre parlements nationaux et avec le Parlement européen, conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ». Enfin, le traité de Lisbonne étend à quasiment toutes les matières le système judiciaire européen et les modalités d'accès à la Cour de justice de l'Union européenne. La coopération judiciaire civile est donc dorénavant soumise aux procédures normales de l'article 267 TFUE concernant le renvoi préjudiciel¹⁰¹⁹. Toute juridiction peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne si une question d'interprétation du traité ou d'un acte dérivé se pose. Les juridictions dont les décisions sont insusceptibles de recours en ont même l'obligation. Partant, le droit international privé européen retrouve pleinement les outils de l'efficacité à la disposition de l'Union européenne¹⁰²⁰. Ne subsistent donc, dans une certaine mesure, que les interrogations posées relativement à la portée des dispositions.

B. La question de la portée des dispositions européennes

294. Interprétation littérale des dispositions. La première interrogation est relative à la portée de ce qu'était alors l'article 65 CE. Elle surgit par suite d'une interprétation purement littérale de cette disposition. En effet, selon la formulation, l'article 65 b) ne semblerait régler que les seuls conflits de systèmes puisqu'il n'est question que de favoriser la compatibilité des règles de droit international privé et non de les rapprocher¹⁰²¹. La même observation peut se faire à propos du *littera* c) relatif à la procédure.

En faveur d'une telle interprétation littérale, Monsieur le Professeur Heuzé expose le fait que rendre compatibles des règles ne signifie pas créer des règles identiques¹⁰²². Monsieur Lecuyer abonde dans le même sens et tente même de démontrer qu'une « compatibilisation » suppose au contraire la conservation des divergences. Pour l'auteur, « *le mode de "coopération" correspond – à notre sens – à un mode bien précis d'harmonisation, un mode*

¹⁰¹⁹ Article 267 (ex-article 234 TCE) : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais.* »

¹⁰²⁰ Sur le rôle de l'interprétation uniforme dans l'efficacité des instruments, cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2

¹⁰²¹ PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, n°329, p.311.

¹⁰²² HEUZÉ (V.), « L'Europe désenchantée », *JCP G*, 27 juillet 2005, I, 157, n°22

*d'harmonisation qui n'équivaut pas à l'unification. Un élément important réside d'ailleurs dans le recours au terme "compatibilité" : la compatibilité consiste à accorder, à faire coexister deux choses qui demeurent différentes dans leur nature. La formule "favoriser la compatibilité des règles applicables en matière de conflits de lois et compétence" signifie donc prendre des mesures de coopération aboutissant, à terme, à faire coexister des règles de conflit qui, dans leur nature, vont demeurer distinctes, ni plus, ni moins ! »*¹⁰²³. Une telle entreprise de rapprochement marquerait donc, selon ces auteurs, un véritable excès de pouvoir qu'ils dénoncent¹⁰²⁴.

Néanmoins, les arguments à l'encontre d'une telle conception emportent notre conviction. Tout d'abord, en raisonnant par une analogie négative, l'absence d'exclusion explicite d'un rapprochement, à l'image de l'article 129 TCE¹⁰²⁵, invite au doute quant à une interprétation restrictive de la disposition¹⁰²⁶. Ensuite, l'utilisation de la locution « *entre autres* » démontre que la liste développée par la suite n'est pas exhaustive. Aussi serait-il tout à fait envisageable que l'Union européenne adopte des règles uniformes, même si cette possibilité n'est pas expressément prévue dans le traité. Enfin, un rapprochement des règles induit nécessairement une « compatibilisation » de celles-ci. Il s'agirait ici d'interpréter largement la disposition « *dans un souci d'effet utile* »¹⁰²⁷.

¹⁰²³ LECUYER (S.), *Appréciation critique du droit international privé conventionnel – Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Préface de M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 495, 2008, n°54, p.61

¹⁰²⁴ En ce sens, voir la Lettre ouverte au président de la République relative à « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit » signée par 41 enseignants de droit, *JCP G*, n°5, 13 décembre 2006, act. 506 ; et, HEUZÉ (V.), « L'honneur des professeurs de droit – Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », *JCP G*, 7 mars 2007, I, 116, spéc. n°12.

Suscitées par la transformation de la Convention de Rome de 1980 en règlement, ces critiques ont débouché sur un vif débat doctrinal entre ces 41 signataires d'une part, et 71 autres professeurs de droit, d'autre part (« Observations sur la lettre ouverte au président de la République intitulée "L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit" », *JCP G*, 10 janvier 2007, act. 18).

¹⁰²⁵ Article 129 (ex-article 109 R) TCE (Version consolidée de 1997) : « *Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, peut adopter des actions d'encouragement destinées à favoriser la coopération entre les États membres et à soutenir leur action dans le domaine de l'emploi par le biais d'initiatives visant à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, en fournissant des analyses comparatives et des conseils ainsi qu'en promouvant les approches novatrices et en évaluant les expériences, notamment en ayant recours aux projets pilotes.*

Ces mesures ne comportent pas d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres. »

¹⁰²⁶ PARTCSH (P.-E.), *op. cit.*, n°330, p.312

¹⁰²⁷ En ce sens, voir KREUZER (K.), « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.97, spéc. p.134 : « *Dans un souci d'effet utile, on ne peut comprendre cette formulation imprécise que dans le sens d'"unification". Les exemples, plutôt néfastes, de règles de rattachement contenues dans les directives prouvent qu'une "compatibilisation" est inapte à apporter la solution au problème de coordination des ordres juridiques nationaux* » ; ou encore, GUILLAUME (J.), *op. cit.*, n°175, p.85.

Cette conception large a incontestablement les faveurs de l'Union européenne. Pour s'en convaincre, il suffit de noter le nombre toujours plus élevé de règlements unifiant règles de conflit de lois ou de juridictions. Au demeurant, cette querelle doctrinale apparaît aujourd'hui sans objet. En effet, l'article 81 TFUE reformulé par le traité de Lisbonne prévoit clairement, en son paragraphe 1, la possibilité du rapprochement des législations dans les matières transfrontières. Associé à la disparition de l'article 293 en 2007, il ne nous semble donc plus possible d'opposer à l'Union européenne un excès de pouvoir lorsqu'elle adopte des mesures de rapprochement matériel des procédures civiles dans le cadre des litiges transfrontières.

295. Compétence verticale ou horizontale. L'étendue de la compétence conférée à la Communauté européenne a également posé question. Une conception possible est d'estimer que les instances européennes ne disposaient, sur ce fondement, que d'une compétence verticale limitée à la libre circulation des personnes en raison de la place, dans le traité, de celle-ci¹⁰²⁸. Cette liberté édictée à l'article 14 TCE devrait donc être spécialement visée dans les actes pris sur ce fondement. L'article 65 TCE n'aurait en fait eu pour vocation que de combler les lacunes de l'article 95 TCE qui, pour sa part, exclut expressément la libre circulation des personnes. Il viendrait, par ailleurs, en plus des dispositions sectorielles permettant déjà ponctuellement l'adoption de telles règles¹⁰²⁹.

À l'inverse, il est possible d'envisager une compétence horizontale, et donc plus large¹⁰³⁰ de l'Union européenne en matière de droit international privé et procédural sur le fondement de l'article 65 TCE. En faveur d'une telle conception, Monsieur Partsch met en avant la référence au « marché intérieur », typique des compétences horizontales¹⁰³¹. Par ailleurs, le troisième pilier, ancien berceau de la coopération judiciaire civile, ne concernait pas l'unique libre circulation des personnes. Aucun élément ne permettrait d'affirmer que la communautarisation de la matière en 1997 a modifié cette étendue, d'autant plus que l'article 65 TCE devrait être mis en perspective avec les objectifs énoncés à l'article 2,

¹⁰²⁸ En faveur d'une telle conception, voir, par exemple, KÖHLER (C.), « Interrogations sur les sources de droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP*, 1999, p.1

¹⁰²⁹ KÖHLER (C.), article précité.

¹⁰³⁰ En faveur d'une telle conception, voir WILDERSPIN (M.) et ROUCHAUD-JOËT (A.-M.), « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *RCDIP*, 2004, p.2, et les références citées *infra*.

¹⁰³¹ PARTSCH (P.-E.), *op. cit.*, n°324, p.306.

notamment celui de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et avec l'article 14 TCE établissant les quatre libertés du marché intérieur européen¹⁰³².

La révision institutionnelle opérée par le traité de Lisbonne, et l'actuel article 81 TFUE permettent de trancher ce débat. En effet, la disposition est insérée dans le titre sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice, lui-même trouvant sa place dans la partie relative aux politiques et actions internes de l'Union. La compétence horizontale attribuée à l'Union européenne semble donc adoptée par les instances régionales. Elle est aujourd'hui indéniable.

296. Compétence extérieure de l'Union européenne. La dernière difficulté, et non des moindres, concerne l'existence ou non d'une compétence extérieure de l'Union européenne dans les matières visées par les dispositions pertinentes pour notre étude. En d'autres termes, la question se pose de connaître l'étendue exacte de la compétence octroyée aux instances européennes, et de savoir si ces dernières peuvent légalement adopter des règles de droit international privé dont l'application sortirait du strict cadre du marché commun, pour se tourner vers les États tiers. C'est notamment la question des réglementations à vocation universelle, ou encore de la possibilité pour l'Union d'être partie aux conventions internationales de droit international privé telles que celles édictées par la Conférence de La Haye. Cette problématique a trait autant aux règles générales de droit international privé, qu'aux règles spécifiques matérielles de procédure. Celles-ci s'appliqueraient-elles aux seuls conflits intracommunautaires (qu'il faudrait dès lors définir) ou régiraient-elles également les litiges internationaux ?

Critiquée par une partie de la doctrine, l'Union européenne n'aurait aucun pouvoir légal pour agir dans la sphère internationale – c'est-à-dire avec les États tiers – en droit

¹⁰³² KREUZER (K.), « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.97, spéc. p.128 : « L'article 65 TCE concrétise l'objectif de l'article 2, 4^{ème} tiret TUE et doit être lu dans le contexte de l'article 14, al.2 TCE, selon lequel la libre circulation des marchandises, des personnes des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité. À la lumière de l'article 14, al. 2 TCE le terme "marché intérieur" ne doit pas être interprété de façon étroite au sens de "économique", mais de façon large, pour faciliter la libre circulation des personnes (notamment) ; cette interprétation trouve sa confirmation dans le large faisceau de matières énumérées dans l'article 65 TCE et dans la pratique des États membres relatives à l'ancien article K.1, n°6 TUE, remplacé par l'article 65 TCE, ce procédé de substitution ne pouvant pas être interprété comme une restriction du champ d'application matériel ».

Dans le même sens, voir THOMA (I.), « La définition et l'exercice des compétences externes de la Communauté européenne au domaine de la coopération dans les domaines civils ayant une incidence transfrontière », *ERPL*, 2002, p.397, spéc. p.406.

international privé¹⁰³³. La référence faite au « bon fonctionnement du marché intérieur » limiterait nécessairement l'action internationale de l'Union européenne puisque la scène extérieure à l'Europe est mécaniquement extérieure au marché intérieur. Ainsi, selon Monsieur le Professeur Lequette, « *En ajoutant que ces mesures doivent être prises “dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur” l'article 65 semble vouloir indiquer que la compétence communautaire n'existe que pour les seules relations intracommunautaires et que lui échappent donc les relations spécifiquement internationales, c'est-à-dire celles qui se développent entre un pays membre de la Communauté et des ordres juridiques tiers* »¹⁰³⁴.

À l'inverse saluée par certains auteurs¹⁰³⁵, une telle possibilité octroyée à l'Union européenne ressortirait non de la lettre du traité, mais de l'application de la théorie des compétences implicites¹⁰³⁶. Ainsi, les États ont accepté la compétence interne à l'Europe en matière de droit international privé qui a été étendue aux compétences externes¹⁰³⁷. Se pose néanmoins, dans le cadre de ces compétences implicites, la question d'une véritable délégation de souveraineté. Celle-ci n'est à l'évidence pas expresse. Elle serait dès lors tacite. Elle ressortirait, en fait, de la présence des États dans le Conseil et l'acceptation des règlements dont la portée est universelle¹⁰³⁸. Le Conseil a, pour sa part, formellement reconnu la compétence externe exclusive de l'Union européenne en matière de droit international privé. En effet, l'annexe II de la décision du Conseil du 5 octobre 2006 relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé¹⁰³⁹ a trait justement à cette déclaration de compétence. Les membres du Conseil rappellent alors les dispositions européennes et concluent, par la suite, que « *Bien qu'aucune compétence externe ne soit explicitement mentionnée dans le traité CE, il ressort de la jurisprudence de la Cour*

¹⁰³³ BORRAS (A.), « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, 2005, tome 317, p.313, spéc. p.339 ; LEQUETTE (Y.), « De Bruxelles à La Haye (Acte II) – Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.503

¹⁰³⁴ LEQUETTE (Y.), *ibid.*, p.510

¹⁰³⁵ Voir, par exemple, PATAUT (E.), « De Bruxelles à La Haye – Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.661, spéc. p.673 : « *Aussi faut-il se féliciter que telle soit désormais l'approche retenue par la Commission européenne* ».

¹⁰³⁶ GUILLAUME (J.), *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Préface de C. Grare-Didier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 530, 2011, n°176 et s., p.85 et s.

¹⁰³⁷ Outre les règlements à vocation universelle, l'adhésion, le 3 avril 2007, de la Communauté européenne à la conférence de La Haye est l'exemple le plus parlant de l'application de la compétence de l'Union européenne au niveau externe.

¹⁰³⁸ Voir, par exemple, le règlement Rome I qui prévoit expressément son universalité en son article 2.

¹⁰³⁹ Décision (2006/719/CE), JOUE L297/1 du 26 octobre 2006

de justice des Communautés européennes que les dispositions susmentionnées du traité CE constituent le fondement juridique non seulement d'actes communautaires internes, mais aussi d'accords internationaux conclus par la Communauté européenne. La Communauté peut conclure des accords internationaux dans tous les cas où la compétence interne a déjà été utilisée en vue d'adopter des mesures de mise en œuvre de politiques communes, telles que citées ci-dessus, ou lorsque l'accord international est nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté européenne. La compétence externe de la Communauté est exclusive dans la mesure où un accord international affecte les règles communautaires internes ou en altère la portée. Lorsque tel est le cas, c'est à la Communauté et non aux États membres qu'il incombe de contracter des engagements extérieurs avec des États tiers ou des organisations internationales. Un accord international peut relever entièrement, ou seulement en partie, de la compétence exclusive de la Communauté ». Ici, référence est expressément faite à la célèbre jurisprudence *AETR*¹⁰⁴⁰ posant notamment le principe de la compétence internationale exclusive¹⁰⁴¹ de l'Union européenne dans les matières où elle a édicté des règles communes au niveau régional. L'application de cette décision au droit international privé et à la procédure civile ne fait donc guère de doute¹⁰⁴².

Une fois encore, c'est l'adoption du traité de Lisbonne qui semble vider quelque peu le débat de sa substance. En effet, elle a permis la « codification » de cette jurisprudence à l'article 3 § 2 TFUE¹⁰⁴³, légalisant si besoin était – avec l'approbation des États membres qui ont accepté ce traité – la compétence exclusive externe de l'Union européenne¹⁰⁴⁴. De plus,

¹⁰⁴⁰ CJCE, Affaire C22/70, 31 mars 1971, *Commission c/Conseil (A.E.T.R.)*, Recueil 1971 page 00263, Conclusions Alain Duheillet de Lamothe.

¹⁰⁴¹ Sur le caractère exclusif ou non de cette compétence, et les différences existants selon les matières traitées, cf. HESS (B.), « Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* sous la direction de A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT, Dalloz, 2004, p.81 ; ou encore, BERGE (J.-S.), « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois » in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.206, spéc. p.230.

¹⁰⁴² C'était, avant la décision du Conseil, l'avis de WILDERSPIN (M.) et ROUCHAUD-JOËT (A.-M.), « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *RCDIP*, 2004, p.2. Dans le même sens, voir STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. p.59 : « Since there is no explicit external competence in the EC Treaty, the AETR doctrine based on the case law of the ECJ is applicable to the measures enacted in the area of judicial cooperation in civil matters ». Voir également TREPPOZ (E.), « La promotion de l'espace judiciaire civil européen à l'externe », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.163, spéc. pp.170 et s.

¹⁰⁴³ « L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. »

¹⁰⁴⁴ Il existe, néanmoins, certains infléchissements à cette compétence exclusive en matière de droit international privé. En ce sens, voir BARRIÈRE BROUSSE (I.), « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI*, 2010, p.3, spéc. n°14.

l'argument de la limitation à la sphère intracommunautaire par le truchement de la référence au bon fonctionnement du marché intérieur ne tient plus compte tenu du nouveau caractère facultatif de cette référence. Par conséquent, celle-ci aurait, sur le fondement des dispositions étudiées, une compétence en droit international privé et procédure transfrontière au niveau régional interne, mais également à l'échelle internationale externe¹⁰⁴⁵.

297. Conclusion de la section. Délaiés au profit de la voie intergouvernementale jusqu'au traité d'Amsterdam, le droit international privé et la procédure transfrontière font aujourd'hui l'objet d'une compétence d'attribution particulière de l'Union européenne. Ces dispositions sont désormais ancrées dans le système institutionnel commun de l'Union européenne, apportant à la compétence partagée tous les moyens de l'efficacité de l'espace régional. Véritable outil de rapprochement des législations procédurales dans le cadre des litiges transfrontières, l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet de fonder la légalité de l'action de l'Union européenne en la matière. L'exercice, par l'Union européenne, de cette compétence partagée doit toutefois s'accommoder avec certains principes généraux du droit européen.

¹⁰⁴⁵ Sur l'opportunité de règles matérielles de procédure européennes d'une telle étendue, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2, §2

SECTION 2 : L'ACTION DE L'UNION EUROPEENNE FACE AUX PRINCIPES EUROPEENS

D'ENCADREMENT

298. Encadrement des compétences. L'absence d'exclusivité des compétences octroyées, associée à des questions de souverainetés, entraîne un nécessaire encadrement de l'exercice des premières. Certains principes européens assurent cette fonction. S'agissant de l'adoption de règles de procédure civile, le principe de l'autonomie procédurale vient immédiatement à l'esprit. Ainsi, malgré l'existence d'une disposition expresse légalisant une telle action, l'adoption de règles matérielles procédurales, y compris transfrontières, doit nécessairement se confronter au principe européen de l'autonomie procédurale (§1). Mais il ne s'agit alors que de la mise en œuvre des règles européennes par les instances nationales sur le fondement des règles procédurales nationales. Concernant, plus généralement, les règles de procédure indépendamment de la source des règles substantielles en cause, l'exercice de l'article 81 § 2 f) TFUE, en tant que compétence partagée, doit répondre aux principes de subsidiarité et proportionnalité (§2).

§1 : L'ACTION DE L'UNION EUROPEENNE FACE AU PRINCIPE D'AUTONOMIE PROCEDURALE

299. Un principe limité. La définition du principe d'autonomie procédurale, malgré ses limites (A), suscite l'étonnement quant à l'adoption, par l'Union européenne, de règles matérielles de procédure, fussent-elles transfrontières. En effet, il est évidemment contradictoire de ménager l'autonomie des États quant à leurs systèmes de procédure, tout en prônant un rapprochement de ceux-ci (B).

A. Définition du principe d'autonomie procédurale et de ses limites

300. Définition générale. Le principe de l'autonomie procédurale¹⁰⁴⁶ se définit comme le renvoi aux droits nationaux pour la mise en œuvre et l'application du droit de

¹⁰⁴⁶ Du point de vue terminologique, et comme le note Monsieur Girerd, il est parfois utilisé l'expression d'autonomie institutionnelle. Si parfois les deux notions sont utilisées l'une pour l'autre (RIDEAU [J.], *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2010, n°631, p.981), il semble possible d'opérer une différenciation. Ainsi, utiliserons-nous l'expression d'autonomie procédurale dans son sens restrictif, à l'image de l'analyse effectuée par Monsieur le Professeur Isaac (ISAAC [G.] et BLANQUET [M.], *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, spéc. p.444) reprise par Monsieur Girerd : « Pour notre part, nous nous en tiendrons à l'analyse de G. Isaac, lequel distingue l'“autonomie institutionnelle” (désignation des services compétents) de l'“autonomie procédurale” (qui concerne le respect des formes et procédures nationales) » (GIRERD [P.], « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, p.75). Certains auteurs ont également proposé, aux vues des développements de la jurisprudence, d'élargir le concept à l'autonomie du droit

l'Union européenne¹⁰⁴⁷. Divisible en deux volets, ce principe couvre à la fois la liberté accordée aux États membres pour mettre en application les règles édictées par les instances européennes, notamment la transposition des directives, mais également le renvoi aux règles judiciaires de procédure quant à la mise en œuvre, par des juridictions, des droits accordés par la législation européenne. C'est évidemment ce second aspect qui nous intéresse dans le cadre de notre étude.

Le volet judiciaire du principe de l'autonomie procédurale est apparu lors des célèbres arrêts *Rewe*¹⁰⁴⁸ et *Comet*¹⁰⁴⁹ du 16 décembre 1976. Dans ces deux décisions étaient en cause des litiges relatifs aux droits de douane et à la mise en œuvre d'interdictions communautaires, le défendeur ayant dans les deux cas perçus des taxes indues dont le demandeur demandait le remboursement. Se posa alors la question des délais de recours : devaient-ils être ceux du droit procédural national ou, s'agissant de règles communautaires, existaient-ils des délais indépendants¹⁰⁵⁰ ? La réponse fut l'affirmation de l'autonomie procédurale des États membres. Ainsi, dans les mêmes termes, la Cour de justice estime qu'« *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* »¹⁰⁵¹. Les droits tirés de la législation européenne doivent donc être protégés par les États eux-mêmes, la procédure constituant la limite de l'action de l'Union européenne¹⁰⁵². Ils ont toute latitude pour désigner les juridictions compétentes (autonomie institutionnelle) – tout du moins au sein de leur

national des États membres (BERGE [J.-S.] et SINOPOLI [L.], « La distinction fond/procédure sous le double éclairage du droit communautaire et du droit des États membres », *PA*, 24 août 2004, n°169).

¹⁰⁴⁷ MONJAL (P.-Y.), *Termes juridiques européens*, Gualino, 2006, V° Autonomie institutionnelle et procédurale, p.26 : « *Principe en vertu duquel les particuliers bénéficient de l'application du droit communautaire selon les voies du droit et les règles procédurales prévues par les législations des États membres. Plus largement encore, ce principe signifie que le droit communautaire ne préjuge pas de l'organisation institutionnelle des États membres. Ces derniers conservent et s'appuient sur leurs règles procédurales et leurs dispositifs institutionnels (législateur, exécutif et judiciaire) lors de la mise en œuvre du droit communautaire (et de l'Union)* ».

¹⁰⁴⁸ CJCE, Affaire 33/76, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Recueil 1976 page 01989, Conclusions Jean-Pierre Warner

¹⁰⁴⁹ CJCE, Affaire 45/76, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, Recueil 1976 page 02043, Conclusions Jean-Pierre Warner

¹⁰⁵⁰ Arrêt *Comet*, Point 10 : « *La question posée vise à savoir si les modalités d'exercice – en tout cas en ce qui concerne les délais de recours – des actions judiciaires destinées à assurer la protection des droits que les justiciables tirent de l'effet direct d'une disposition communautaire – en l'occurrence l'article 16 du traité et l'article 10 du règlement n°234/68 – sont réglées par le droit national de l'État membre où ces actions sont exercées, ou si elles en sont, au contraire, indépendantes et ne pourraient relever que du droit communautaire lui-même* ».

¹⁰⁵¹ Arrêt *Rewe*, Point 5 ; et Arrêt *Comet*, Point 13.

¹⁰⁵² BRIGGS (A.), *The conflict of Laws*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, pp. 34-35

propre ordre juridique¹⁰⁵³ – qui statueront selon leurs propres règles de procédure (autonomie procédurale).

La vocation à l'origine plutôt substantielle de l'Europe communautaire explique sans conteste ce renvoi aux droits nationaux. En effet, comme le note Monsieur le Professeur Mathias Audit, « *le principe de l'autonomie procédurale a été élaboré en regard d'un droit communautaire de nature avant tout substantielle et, dans ce contexte particulier, il s'explique et se justifie pleinement* »¹⁰⁵⁴. L'indifférence à l'égard des moyens utilisés pour protéger ces droits prévalait à une époque où l'espace judiciaire européen ne constituait aucunement un objectif des instances européennes. Par ailleurs, et surtout, l'autonomie procédurale découle logiquement des grands principes du droit européen, que la Cour de justice n'a pas omis de rappeler dans les arrêts fondateurs de l'autonomie procédurale. Le droit européen est doté d'un effet direct¹⁰⁵⁵ et de la primauté¹⁰⁵⁶. Par suite, comme le rappelle l'arrêt *Rewe* en son point 5, « *c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct* ». Or, dépourvu de règles procédurales européennes, « *en s'en remettant aux juridictions nationales, le juge communautaire renvoie également, par extension, aux droits processuels nationaux dont celles-ci relèvent* »¹⁰⁵⁷. Toutefois, malgré cette autonomie, le juge européen encadre tout de même l'application de ce principe.

301. L'encadrement de l'autonomie procédurale. Dès les arrêts fondateurs de 1976, l'autonomie procédurale érigée en principe fait l'objet de limites, dont l'application est au cœur des jurisprudences ultérieures¹⁰⁵⁸. D'une part, « *ces modalités ne peuvent être moins*

¹⁰⁵³ La désignation de l'État dont les juridictions auront à connaître du litige dans le cadre d'affaires transfrontières est évidemment soumise aux règles de conflits de juridictions unifiées, ou non.

¹⁰⁵⁴ AUDIT (M.), « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification de l'espace judiciaire européen », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* sous la direction de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruylant, 2009, p.253, spéc. p.256

¹⁰⁵⁵ CJCE, Affaire 26/62, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Recueil 1963 page 3, Conclusions Karl Roemer

¹⁰⁵⁶ CJCE, Affaire 6/64, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Recueil 1964 page 01141, Conclusions Lagrange

¹⁰⁵⁷ AUDIT (M.), *op. cit.*, p.253

¹⁰⁵⁸ Voir, pour ne citer que quelques exemples, CJCE, Affaires jointes C295/04 à C298/04, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contre Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico, et Pasqualina Murgolo contre Assitalia SpA*, Recueil 2006 page I-06619, Conclusions Geelhoed, note NOURISSAT (C.), « Retour sur l'autonomie procédurale », *Procédures*, août-septembre 2007, p.66 ; CJUE, Affaire C439/08, 7 décembre 2010, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerker (VEBIC) VZW*, Recueil 2010 page I-12471, Conclusions Paolo Mengozzi, note IDOT (L.), « Application par les autorités nationales et autonomie procédurale », *Europe*, février 2011, p.35 ; CJCE, Affaire C119/05, 18 juillet 2007, *MiniMinisterio dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c/Lucchini SpA*, Recueil 2007 page I-06199, Conclusions Geelhoed, note CHEYNEL (B.),

favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ». D'autre part, si la soumission aux règles procédurales nationales reste le principe, « *il n'en serait autrement que si ces modalités et délais aboutissaient à rendre en pratique impossible l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder* »¹⁰⁵⁹. Ces deux limites sont appelées, tant par la doctrine que par la jurisprudence¹⁰⁶⁰, le principe d'équivalence et le principe d'effectivité. Il appartient aux juridictions nationales, guidées par la Cour de justice, d'effectuer les tests de compatibilité de leurs règles nationales de procédure à ces deux principes¹⁰⁶¹ cumulativement¹⁰⁶².

Le principe d'équivalence correspond donc à l'égal traitement procédural des législations nationales et européennes. Par définition, il est destiné à éviter une mise en œuvre différente – plus difficile est sans conteste la divergence visée – des droits tirés de la législation européenne¹⁰⁶³. Il est le témoin d'une volonté d'intégration du droit européen dans les ordres juridiques nationaux. La difficulté de sa mise en œuvre et de la définition d'un « recours équivalent » s'illustre parfaitement par la jurisprudence¹⁰⁶⁴.

Le principe d'effectivité « *postule que ces mêmes voies procédurales internes ne doivent pas être aménagées de telle manière qu'elles rendent impossible ou excessivement difficile la protection des droits issus du droit communautaire* »¹⁰⁶⁵. Il résulte de l'obligation de loyauté issue de l'ancien article 10 TCE selon lequel « *Les États membres prennent toutes*

« L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », *Revue Lamy de la concurrence*, Octobre/décembre 2007, n°13, p.33

¹⁰⁵⁹ Arrêt *Rewe*, Point 5 ; Arrêt *Comet*, Points 13 et 16.

¹⁰⁶⁰ CJCE, Affaire C-261/95, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Recueil 1997 page I-04025, Conclusions Cosmas, Point 27 de la décision.

¹⁰⁶¹ En ce sens, voir GIRERD (P.), « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, p.75 ; HAAPANIEMI (P.), « Procedural autonomy : a misnomer? », in *Europeanization of procedural law* sous la direction de L. ERVO, M. GRÄNS et A. JOKELA, Europa Law publishing, 2009, p.87, spéc. p.93 ; et la jurisprudence, CJCE, Affaire C326/96, 1^{er} décembre 1998, *B.S. Levez et T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Recueil 1998 page I-7835, Conclusions Léger, point 39 de la décision : « *Il appartient, en principe, aux juridictions nationales de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire sont conformes au principe de l'équivalence* ». Sur l'évolution de l'appréciation de ces critères, voir HAAPANIEMI (P.), *loc. cit.* ; ou encore, STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. pp.14 et s.

¹⁰⁶² HAAPANIEMI (P.), *loc. cit.*

¹⁰⁶³ MONJAL (P.-Y.), *Termes juridiques européens*, Gualino, 2006, V^o Autonomie institutionnelle et procédurale, p.26 : « *la Cour de justice, afin d'éviter des risques de divergences d'application du droit communautaire, a fixé quelques principes propres à encadrer cette autonomie : les règles applicables aux recours juridictionnels destinés à assurer la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles régissant des recours similaires en droit interne* ».

¹⁰⁶⁴ Voir les nombreuses références jurisprudentielles déjà citées.

¹⁰⁶⁵ AUDIT (M.), « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification de l'espace judiciaire européen », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* sous la direction de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruylant, 2009, p.253, spéc. p.254

mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité »¹⁰⁶⁶. Ainsi, en s'obligeant à offrir un recours effectif aux législations européennes, les États membres s'assurent de la bonne exécution de cette disposition¹⁰⁶⁷. Les arrêts *Van Schijndel*¹⁰⁶⁸ et *Peterbroeck*¹⁰⁶⁹ ont été l'occasion pour la Cour de justice de préciser les modalités de ce principe en l'encadrant par le « *balancing test* »¹⁰⁷⁰. Il s'agit alors de voir l'effectivité du droit européen selon une approche téléologique et casuistique¹⁰⁷¹. La règle en cause, dans ce cas d'espèce, et au regard de sa place au sein de l'ensemble du droit procédural national dans lequel elle s'inscrit, empêche-t-elle ou rend-elle excessivement difficile l'exercice du droit européen ? Ainsi, de multiples facteurs sont « mis en balance » pour apprécier la conformité de la règle au droit européen.

Au-delà, d'autres critères d'exclusion de l'autonomie procédurale ont pu être avancés, qu'ils soient supplémentaires ou alternatifs. En premier lieu, a été évoqué le caractère raisonnable de la règle¹⁰⁷². Ce critère a été proposé par Monsieur Jean Mischo dans ses conclusions sur l'affaire *Emmott*¹⁰⁷³ présentées le 23 avril 1991. Étaient en cause un délai procédural et la question de sa compatibilité avec les limites de l'autonomie procédurale. Bien que non expressément suivi dans cette démarche par les juges de Luxembourg, Monsieur Mischo relève régulièrement le caractère raisonnable du délai fixé. En second lieu, il est

¹⁰⁶⁶ Sur le lien entre l'obligation de loyauté de l'article 10 et le principe d'effectivité, voir, par exemple, FONT I SEGURA (A.), « Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum* », *Anuario español de derecho internacional privado*, 2001, p.283, spéc. n°14, p.296 : « Respecto a aquellos litigios en los que se dirime una cuestión que gira en torno a un derecho previsto por el derecho comunitario, el TJCE ha declarado reiteradamente que el Juez nacional, observando el deber de colaboración que le incumbe en virtud del actual art. 10 TCE, y a falta de normativa comunitaria en la materia, debe impedir la aplicación de aquellas disposiciones procesales nacionales que no permitan una tutela eficaz de las posiciones jurídicas atribuidas por el Derecho comunitario. »

¹⁰⁶⁷ Sur l'application plus ou moins large du principe d'effectivité, voir, par exemple, CJCE, Affaire C-312/93, 14 décembre 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contre État belge*, Recueil 1995 page I-04599, Conclusions Jacobs ; ou encore GIRAUD (A.) et TAYAR (D.), « L'autonomie procédurale des États membres à l'épreuve du principe d'effectivité du droit communautaire : la Cour est-elle un arbitre impartial ? », *PA*, 2007, n°133, p.8.

¹⁰⁶⁸ CJCE, Affaires C-430/93 et C-431/93, 14 décembre 1995, *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contre Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Recueil 1995 page I-04705, Conclusions Jacobs

¹⁰⁶⁹ Affaire *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contre État belge*, précitée.

¹⁰⁷⁰ HAAPANIEMI (P.), « Procedural autonomy : a misnomer? », in *Europeanization of procedural law* sous la direction de L. ERVO, M. GRÄNS et A. JOKELA, Europa Law publishing, 2009, p.87, spéc. pp.97-98

¹⁰⁷¹ HOSKINS (M.), « Tilting the balance : supremacy and national procedural rules », 21 *ELR*, 1996, p.365, spéc. p.372 et s.

¹⁰⁷² Pour plus de développements sur cette question, voir McKENDRICK (J.), « Modifying procedural autonomy : better protection for community rights », *ERPL*, 2000, p.565.

¹⁰⁷³ CJCE, Affaire C-208/90, 25 juillet 1991, *Theresa Emmott contre Minister for Social Welfare et Attorney General*, Recueil 1991 page I-04269, Conclusions Jean Mischo

parfois préféré l'expression d'effet utile des instruments européens. Dans le cadre de la coopération judiciaire civile, cette notion semble avoir les faveurs du juge européen comme en témoigne l'arrêt *Kongress Agentur* précédemment cité. En renvoyant au droit national concernant les règles procédurales de mise en œuvre de la Convention de Bruxelles tout en posant la limite de l'effet utile de la Convention, la Cour de justice ne semble pas avoir fait autre chose que d'appliquer, sous une autre appellation, le principe de l'autonomie procédurale et ses limites¹⁰⁷⁴.

Le principe de l'autonomie procédurale, notamment dans son aspect judiciaire, ne jouit donc pas d'une application pleine et entière. La confrontation avec l'article 81 TFUE semble mettre, au surplus, un coup d'arrêt au développement de ce principe du droit européen.

B. Incompatibilité de l'autonomie procédurale et du rapprochement des procédures transfrontières

302. Rapprochement des procédures et autonomie procédurale : incompatibilité.

Il est nécessaire, avant toute chose, de rappeler que le rapprochement des procédures sur le fondement de l'article 81 TFUE d'une part, et le principe de l'autonomie procédurale d'autre part, ne recouvrent pas exactement la même étendue. Au surplus, chacun ne couvre qu'une (petite) partie de la procédure. Le premier n'a trait qu'aux procédures transfrontières, le second à la seule mise en œuvre du droit européen. Mais, à l'image de deux cercles sécants, il est indéniable que ces deux ensembles se rencontreront un jour comme cela a pu être le cas dans l'arrêt *Kongress Agentur*. Le développement du droit international privé européen offre en lui-même de multiples hypothèses de ce type. Il s'agira principalement de la question fondamentale de l'office du juge dans le traitement du conflit de lois. De façon plus générale, l'accroissement de la part du droit européen, et particulièrement du droit international privé européen, dans les sources du droit implique de toute évidence que tout juge d'un État membre devra quasi nécessairement, dans le cadre de litiges transfrontières mettre en œuvre des règles d'origine régionale. Il y aura, de fait, rencontre des deux problématiques.

C'est alors que se manifesterait toute l'antinomie entre l'article 81 TFUE et le principe de l'autonomie procédurale. Le premier a pour objet un rapprochement entre les procédures civiles des différents États membres par une action de l'Union européenne. À l'inverse, le

¹⁰⁷⁴ Sur la préférence de l'effet utile face aux principes d'équivalence et d'effectivité, voir ROCCATI (M.), *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Thèse Paris-Ouest Nanterre – La Défense, 2011, n°138 et s., p.118 et s.

second a, par définition, pour objet une certaine indifférence à l'égard de ces mêmes règles procédurales que l'Union européenne laisse aux États le soin d'édicter. Monsieur le Professeur Mathias Audit parle, à ce propos, d'une « *incompatibilité intrinsèque entre l'édiction de règles processuelles communautaires et le maintien, par les États membres de l'Union européenne, de leurs droits processuels nationaux* »¹⁰⁷⁵. Cette antinomie est l'exact reflet de l'évolution des objectifs de l'Union européenne : le principe de l'autonomie procédurale créé dans le cadre d'une Europe substantielle doit faire face, depuis 1997, aux développements de l'espace judiciaire européen, et donc d'un droit processuel autonome¹⁰⁷⁶. Au-delà des règles édictées sur le fondement des dispositions spéciales, c'est toute la jurisprudence de la Cour de justice – ajoutant aux textes ou les précisant – qui œuvre pour le rapprochement du droit processuel des États membres. Se pose alors le problème, bien que la réponse semble évidente, de l'articulation de ces deux questions.

303. La supériorité des règles rapprochées sur l'autonomie procédurale. Dès l'origine, la portée de l'autonomie procédurale était en fait limitée, conduisant certains auteurs à renier l'existence même du principe¹⁰⁷⁷. L'arrêt *Rewe* l'énonçait, mais précisait qu'il ne s'appliquait qu'« *en l'absence de réglementation communautaire en la matière* ». En raison de la primauté du droit européen, l'édiction de telles règles par les instances supranationales implique évidemment qu'elles doivent s'appliquer en lieu et place des règles nationales¹⁰⁷⁸. Partant, devant l'incompatibilité entre autonomie procédurale et rapprochement des législations procédurales sur le fondement de l'article 81 TFUE, le premier cède face au second, cette supériorité existant même avant l'Europe judiciaire¹⁰⁷⁹. C'est l'application du

¹⁰⁷⁵ AUDIT (M.), « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification de l'espace judiciaire européen », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* sous la direction de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruylant, 2009, p.253, spéc. p.255

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p.256

¹⁰⁷⁷ Sur une discussion sur l'autonomie procédurale en tant que principe, voir HAAPANIEMI (P.), « Procedural autonomy : a misnomer? », in *Europeanization of procedural law* sous la direction de L. ERVO, M. GRÄNS et A. JOKELA, Europa Law publishing, 2009, p.87, spéc. pp.109 et s.

¹⁰⁷⁸ NIBOYET (M.-L.), « Les règles de procédure : l'acquis et les propositions – Les interactions entre les règles nationales de procédure et les “règles judiciaires européennes” », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.281, spéc. n° 1, p.281 : « *Les interactions entre les règles nationales de procédure et celles du droit judiciaire européen sont multiples quoiqu'encore assez peu étudiées. Elles sont même occultées par la référence trompeuse au concept de “l'autonomie procédurale” des États membres qui invite à penser que les deux disciplines se déploieraient en toute indépendance, chacune dans leur sphère propre, au mépris de la primauté que réclame le droit européen* ».

¹⁰⁷⁹ VAN DEN BOSSCHE (A.-M.), « L'espace européen de justice et le (rapprochement du) droit judiciaire », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.1, spéc. p.12 : « *Même une lecture superficielle des arrêts Rewe et Comet met en évidence que le renvoi au droit procédural des États membres est de nature “provisoire”* ».

principe de préemption dans la répartition des compétences en réalité partagées bien que « *le terme autonomie procédurale implique une compétence exclusive des États membres* »¹⁰⁸⁰.

Pour certains auteurs, il s'agit même de l'aspect le plus important des attendus des arrêts *Rewe* et *Comet*¹⁰⁸¹. Il marque le caractère profondément provisoire de l'autonomie procédurale et, par suite, toute la subsidiarité de ce principe. Celui-ci ne s'applique, et les règles nationales régissent la procédure, que tant qu'il n'existe aucune règle matérielle européenne. On se rapproche du système de droit international privé et de la règle proposée selon laquelle en l'absence de règles matérielles, la règle de conflit de lois – ici l'autonomie procédurale – attribuant compétence à la loi du juge saisi s'applique. Le développement toujours grandissant du rapprochement des législations procédurales sur le fondement de l'article 81 TFUE invite au questionnement sur la survie de l'autonomie procédurale.

304. Vers la disparition de l'autonomie procédurale ? En raison de la supériorité des règles matérielles et du développement de celles-ci, notamment¹⁰⁸², par le truchement de l'article 81 TFUE, l'avenir du principe d'autonomie procédurale semble effectivement incertain. Il est manifeste que la multiplication de règles écartant le principe en cause entraîne le rétrécissement de celui-ci. Madame le Professeur Marie-Laure Niboyet soulève, en plus, de ce facteur, deux autres causes à la réduction de l'autonomie procédurale¹⁰⁸³. D'une part, il est possible de constater l'apparition de règles procédurales autonomes en lieu et place des règles de procédure accompagnatrices. D'autre part, la sollicitation de plus en plus fréquente du principe de confiance mutuelle entraîne, selon l'auteur, un élargissement de l'effet utile. Par voie de conséquence, l'autonomie procédurale s'en trouve amoindrie puisqu'il a déjà été vu que l'effet utile constituait un cadre à cette dernière. Ce serait, dès lors, le fait des juges européens dont « *la jurisprudence [...] tend à éroder le principe de l'autonomie procédurale*

¹⁰⁸⁰ HAAPANIEMI (P.), *op. cit.*, p.117 : « *The problem is that the term “procedural autonomy” connotes to Member States’ exclusive competence, although it in reality is shared* ».

¹⁰⁸¹ Voir, par exemple, DELAVENNE (J.-F.), « Y a-t-il une “autonomie procédurale” des États membres en matière d'attribution de la charge de la preuve ? », *Gaz. Pal.*, 2003, n°177, p.21, spéc. note 7 : « *C'est la partie la plus importante de la formulation jurisprudentielle de l'autonomie procédurale ; l'expression varie selon les arrêts (“en l'absence de réglementation communautaire”, etc...), elle rappelle clairement le caractère supplétif du droit national* ».

¹⁰⁸² Les nombreuses dispositions procédurales contenues dans la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L364 du 5 décembre 2014 alors même que celle-ci ne repose pas sur le fondement de l'article 81 sont un exemple flagrant du recul de l'autonomie procédurale.

¹⁰⁸³ NIBOYET (M.-L.), « Les règles de procédure : l'acquis et les propositions – Les interactions entre les règles nationales de procédure et les “règles judiciaires européennes” », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.281, n°5 et s., p.282 et s.

des États membres, au profit de la création de conditions minimales d'uniformité »¹⁰⁸⁴. Plus encore qu'un rétrécissement de l'autonomie procédurale, Monsieur le Professeur Mathias Audit estime qu'« à proprement parler, dans le cadre de l'espace judiciaire européen, le principe de l'autonomie procédurale n'existe plus »¹⁰⁸⁵.

Une telle affirmation nous semble cependant excessive, et ce pour deux raisons. En premier lieu, il a été rappelé l'absence de concordance entre les domaines visés par l'autonomie procédurale et l'article 81 TFUE. Le second n'a trait qu'aux litiges transfrontières. Aussi, en dehors de ce type particulier de litiges, et sauf à se fonder sur une autre disposition pour créer un rapprochement des procédures internes que nous excluons ici, l'autonomie procédurale conserve sa vocation pleine et entière (sous réserve des limites précédemment exposées)¹⁰⁸⁶. En second lieu, le rapprochement des législations procédurales transfrontières n'est pas total, et n'a surtout pas vocation à l'être. En effet, la disposition elle-même limite l'adoption de règles à « l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles ». Nul besoin de démontrer que toutes les règles de procédure civile ne rentrent pas dans cette catégorie et ne pourront être rapprochées sur ce fondement. En définitive, « ce principe paraît prendre un sens progressivement différent. Il ne signifie plus que les États sont autonomes en matière procédurale, mais que chaque ordre processuel étatique a sa cohérence et s'articule avec l'ordre juridique européen. Le système en son entier est ainsi complet »¹⁰⁸⁷. Par ailleurs, la mise en œuvre de l'article 81 TFUE, en tant que compétence partagée, est soumise aux principes de subsidiarité et de proportionnalité qui limitent son utilisation.

¹⁰⁸⁴ MECARELLI (G.), *L'hypothèse d'un droit commun du procès. Réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, Thèse Paris II, 2002, spéc. n°59, p.46

¹⁰⁸⁵ AUDIT (M.), « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification de l'espace judiciaire européen », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* sous la direction de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruylant, 2009, p.253, spéc. p.259. S'interrogeant dans le même sens, voir STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. p.19.

¹⁰⁸⁶ En ce sens, voir FONT I SEGURA (A.), « Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum* », *Anuario español de derecho internacional privado*, 2001, p.283, spéc. n°21, p.303 : « la auténtica innovación, y consecuente alteración del principio de autonomía de los sistemas procesales nacionales, va a provenir del art. 65 TCE, pese a que los límites de actuación de la UE, desde un punto de vista material, no son muy claros. La posibilidad abierta en este precepto se está empezando a dejar notar, pero no debe olvidarse que se ciñen a la « cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza » y, por lo tanto, aparentemente continúa intacto, o al menos en su vertiente interna, el principio de autonomía de los sistemas procesales nacionales ».

¹⁰⁸⁷ JEULAND (E.), « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p.55, spéc. p.70

§2 : L'ACTION DE L'UNION EUROPEENNE FACE AUX PRINCIPES DE SUBSIDIARITE ET DE PROPORTIONNALITE

305. Confrontation aux principes. La qualification de la compétence octroyée à l'Union européenne en matière de procédure transfrontière en tant que compétence partagée entraîne la soumission de celle-ci à des principes de délimitation des compétences. Ceux-ci peuvent être vus comme « *la réponse politique choisie pour réconcilier le développement de l'intégration européenne et les intérêts nationaux des États membres* »¹⁰⁸⁸. En effet, en vertu de l'article 5 §1 du traité sur l'Union européenne, « *les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences* ». Or, si le principe de subsidiarité ne semble pas avoir une véritable influence sur l'adoption de règles matérielles de procédure par l'Union européenne (**A**), le principe de proportionnalité nous conduit à devoir, dans une certaine mesure, restreindre ses possibilités (**B**).

A. L'adoption de règles matérielles de procédure transfrontière et le principe de subsidiarité

306. Absence d'influence du principe de subsidiarité. La définition du principe de subsidiarité, tel que développé par l'Union européenne (**I**) nous invite au doute quant à une éventuelle influence restrictive sur l'action de l'Union européenne en matière de règles matérielles de procédure transfrontière. Manifestement, au regard de la question des sources de telles règles¹⁰⁸⁹, nul doute que la condition de subsidiarité se trouve remplie (**2**).

1. *Définition du principe de subsidiarité*

307. Définition générale. Dans son sens juridique commun, la subsidiarité désigne ce « *qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut* »¹⁰⁹⁰. Il s'agit donc d'établir une hiérarchie entre deux éléments, le second, subsidiaire, ne devant être mis en œuvre que si le premier ne le peut pas. À l'image du droit privé¹⁰⁹¹, le droit international privé commun fait largement la part à cette technique, notamment avec la vocation subsidiaire

¹⁰⁸⁸ STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. p.72 : « *Subsidiarity and proportionality can be seen as the political answer chosen for reconciling the increasing European integration with the Member States' national interests* ».

¹⁰⁸⁹ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2

¹⁰⁹⁰ V° subsidiaire, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.992

¹⁰⁹¹ Voir GOUZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, Préface de P. Crocq, Economica, 2013

de la loi du for. L'Union européenne a également adopté la subsidiarité, en l'érigeant en principe encadrant l'exercice des compétences partagées¹⁰⁹².

308. Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne. L'article 5 TUE pose donc le principe de subsidiarité comme l'un des garde-fous de l'exercice des seules compétences partagées. Le §3 le définit ainsi au niveau européen : « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Il est ensuite ajouté un renvoi au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité¹⁰⁹³, et la mission de surveillance confiée aux Parlements nationaux. Il s'agit donc, pour l'Union européenne, de n'exercer les compétences partagées octroyées que dans la mesure où une action menée par les États membres eux-mêmes ne serait pas suffisante et¹⁰⁹⁴ qu'une action européenne serait plus efficace. Ces derniers disposent donc de la compétence principale, et ce n'est qu'à « *titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation* »¹⁰⁹⁵, que l'Union agira. Dans une perspective verticale, la question sera de savoir quel niveau est le plus apte à agir¹⁰⁹⁶. Le contrôle de conformité de la règle adoptée à ce principe peut se faire tant *a priori*¹⁰⁹⁷ qu'*a posteriori*¹⁰⁹⁸, mais à notre connaissance, aucun acte n'a fait l'objet d'une annulation sur ce fondement¹⁰⁹⁹.

Le protocole auquel il est renvoyé encadre plus précisément la mise en œuvre de ce principe. Outre les dispositions relatives aux procédures permettant le respect de ces principes, il est précisé, à l'article 5, les modalités du contrôle de subsidiarité. Il est ainsi prévu que « *Les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs* ». La subsidiarité doit donc être démontrée.

¹⁰⁹² Sur les éléments historiques de l'apparition du principe dans le droit européen, voir CONSTANTINESCO (V.), « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p.35

¹⁰⁹³ Protocole (n°2), JOUE C83 du 30 mars 2010

¹⁰⁹⁴ Sur le caractère cumulatif, voir ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, p.92

¹⁰⁹⁵ Voir la définition ci-dessus.

¹⁰⁹⁶ MASSON (A.) et NIHOUL (P.), *Droit de l'Union européenne*, Larcier, 3^{ème} éd., 2011, p.49

¹⁰⁹⁷ Articles 2 à 7 du protocole.

¹⁰⁹⁸ Article 8 du protocole.

¹⁰⁹⁹ MASSON (A.) et NIHOUL (P.), *op. cit.*, p.50

2. L'application de l'article 81§2 f) TFUE face au principe de subsidiarité

309. Généralités. Afin de conclure à une réelle compétence de l'Union européenne, il est nécessaire de voir, conformément au principe de subsidiarité, si elle est plus apte à adopter, de façon efficace, des règles matérielles de procédure transfrontière que les États membres¹¹⁰⁰. Plus encore, selon Monsieur Stanislas Lécuyer, il faudrait non seulement démontrer que les instances européennes sont plus pertinentes que les États, mais également que la voie intergouvernementale¹¹⁰¹.

310. Analyse. Un premier élément général d'analyse provient d'une réflexion de Monsieur Partsch. Selon l'auteur, le principe de subsidiarité s'appliquerait moins avec les dispositions et compétences nouvelles de l'Union européenne, car elles seraient le reflet de besoins présents¹¹⁰². Dire que la possibilité légale pour les instances européennes d'adopter les mesures concernées est nouvelle serait évidemment un abus de langage. En tant que compétence partagée, elle existe depuis, nous l'avons dit, 1997 soit 18 ans. Cela signifie-t-il que les besoins de l'Union européenne ne sont plus – ou en tout cas moins – présents ? À l'évidence, la réponse doit être négative. Il suffit pour s'en convaincre de faire une lecture, même superficielle, des derniers programmes d'action de l'Union européenne. Ainsi, comme il a déjà été exposé, ceux-ci font une large part à la coopération judiciaire civile, au droit international privé et au rapprochement de la procédure civile transfrontière. Cette dernière est jugée comme un facteur déterminant de l'espace judiciaire européen, dont l'édification est un objectif récent et de plus en plus important de l'Union européenne¹¹⁰³. Elle apparaît donc comme un réel besoin.

Par ailleurs, il nous semble flagrant que l'Union européenne constitue le meilleur niveau de législation dans les matières concernées. En effet, il ne s'agirait pas, comme le note Monsieur Mills, de s'arrêter au niveau « le plus bas », mais de trouver quel est le meilleur¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ Voir également, sur la légitimité de l'Union européenne comme source de ces règles, *infra*, Chapitre 2, Section 2

¹¹⁰¹ LECUYER (S.), *Appréciation critique du droit international privé conventionnel – Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Préface de M.-N. Jobard-bachelier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 495, 2008, n°208, p.209.

¹¹⁰² PARTSCH (P.-E.), *Le droit international privé européen – De Rome à Nice*, Préface de F. Rigaux, Larcier, 2003, pp.328-329

¹¹⁰³ Sur l'espace judiciaire européen et la procédure transfrontière, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1

¹¹⁰⁴ MILLS (A.), « Federalism in the European Union and the United States : subsidiarity, private law, and the conflict of laws », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 32(2), 2010, p.369, spéc. p.406-407 : « *subsidiarity requires that regulation take place as close as possible to those affected by it – this does not only mean at the lowest level possible, but in the most appropriate location* ».

Or, l'Union européenne nous semble constituer un environnement parfait pour le développement de règles de droit international privé en général, et de procédure transfrontière en particulier. Cette question reprend, en définitive, le délicat débat de l'universalisme et du particularisme au sein duquel nous nous sommes attachée à prendre parti pour une voie médiane : le régionalisme¹¹⁰⁵. Sans reprendre un à un les arguments qui ont déjà été avancés à cet effet, l'Union européenne est évidemment la mieux placée pour adopter des mesures efficaces dans les contentieux internationaux, d'autant plus que ces mesures affectent l'espace judiciaire européen. De plus, une action des seuls États membres serait totalement inefficace puisque ce sont justement les divergences qui sont condamnées¹¹⁰⁶. Par ailleurs, bien que l'action interétatique menée au sein de la conférence de La Haye soit louable et qu'elle doive être encouragée, il est évident que le manque de moyens, par comparaison avec l'Union européenne, induit un déficit d'efficacité de ces mesures¹¹⁰⁷. Par conséquent, la subsidiarité ne semble pas, selon nous, pouvoir limiter l'action de l'Union européenne. Bien au contraire, elle ne fait que renforcer sa légitimité. Ce sera alors le rôle de la proportionnalité que de véritablement encadrer l'exercice de la compétence octroyée par l'article 81 §2 f) TFUE.

B. L'adoption de règles matérielles de procédure transfrontière et le principe de proportionnalité

311. Limitation de l'action matérielle. Contrairement au principe de subsidiarité, la définition du principe de proportionnalité (1) nous conduira cette fois à conclure à une limitation de l'action matérielle de l'Union européenne à la stricte mesure du nécessaire (2).

1. Définition du principe de proportionnalité

312. Le silence des textes sur la signification du principe. Conformément au §4 de l'article 5 TUE, le principe de proportionnalité oblige à ce que « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* ». Là encore, un renvoi au protocole n°2 est effectué, mais les précisions manquent quant aux critères à prendre en compte pour contrôler la conformité des actes adoptés à ce principe. Il est seulement fait état que « *Les projets d'actes législatifs tiennent compte de la*

En sens contraire, voir ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, p.92. Mais, selon nous, quelle que soit la position adoptée, la condition semble remplie.

¹¹⁰⁵ Cf. *supra*, Introduction

¹¹⁰⁶ Sur l'intérêt de l'Union européenne comme source des règles matérielles de procédure, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2

¹¹⁰⁷ Sur les facteurs d'efficacité des règles européennes, cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2

nécessité de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à l'Union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre ». Il paraît toutefois inconcevable que le principe de proportionnalité n'implique qu'un aspect financier à la charge des États membres. Il convient dès lors de se tourner vers la doctrine.

313. Les conditions du principe de proportionnalité. Il apparaît que la doctrine, éclairée par la jurisprudence de la Cour de justice, s'accorde sur trois conditions relatives à la mise en œuvre du principe de proportionnalité¹¹⁰⁸. Le premier ressort de la lettre même de l'article 5, c'est le critère de l'utilité : l'acte a été adopté pour « *atteindre les objectifs du traité* ». Les deux suivants ressortent de la jurisprudence¹¹⁰⁹. Le deuxième est celui de la nécessité signifiant que la mesure « *ne peut pas être remplacée par une autre mesure permettant d'atteindre, en substance, le même résultat sans entraver autant une valeur à protéger* »¹¹¹⁰. La dernière condition a trait à l'excessivité. Les effets de l'acte adopté ne doivent pas être excessifs par rapport à l'objectif poursuivi. Sans interdire tout effet négatif, ce qui serait sans nul doute utopique, il s'agit surtout d'empêcher l'existence d'effets au-delà de ce qui est raisonnable et souhaitable¹¹¹¹.

Il s'agirait alors de vérifier la conformité de l'acte à ce principe au regard de trois idées. Dire que l'Union européenne doit agir de façon proportionnelle lorsqu'elle exerce ses compétences partagées signifie tout d'abord qu'elle ne doit pas empiéter de façon excessive sur les compétences des États membres. On retrouve une nouvelle fois cette notion hautement subjective du caractère excessif. Ensuite, devra être vérifié le fait que l'acte adopté ne porte pas « *une atteinte démesurée aux droits fondamentaux ou à d'autres normes européens* »¹¹¹².

¹¹⁰⁸ MASSON (A.) et NIHOUL (P.), *Droit de l'Union européenne*, Larcier, 3^{ème} éd., 2011, p.54 ; ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, p.100

¹¹⁰⁹ CJCE, Affaire C-157/96, 5 mai 1998, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd et Vian Exports Ltd.*, Recueil 1998 page I-2211, Conclusions Tesouro, point 60 de la décision : « *Il convient de rappeler que le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés* ».

¹¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹¹ *Ibid.*, et les références jurisprudentielles citées.

¹¹¹² MASSON (A.) et NIHOUL (P.), *op. cit.*, p.55

Enfin, le principe de proportionnalité s'applique également aux États membres qui ne doivent pas adopter des règles empiétant sur les droits conférés par le droit européen aux citoyens.

2. L'application de l'article 81§2 f) TFUE face au principe de proportionnalité

314. Analyse. Afin de parvenir à une conclusion, sur la proportionnalité de l'action de l'Union européenne, il apparaît nécessaire de reprendre une à une les trois conditions précédemment posées.

Le premier élément, l'utilité, est aisé à établir. En effet, il s'agit de voir si l'acte envisagé par l'Union européenne, en l'occurrence l'adoption de règles matérielles de procédure transfrontière, permet la réalisation d'un objectif du traité. Une telle conformité est indéniable. Une corrélation existe entre les règles matérielles de procédure, la confiance mutuelle, l'accès aux tribunaux et l'édification de l'espace judiciaire européen¹¹¹³. Or, celui-ci, partie intégrante de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, constitue le deuxième objectif affiché par l'Union européenne après la paix¹¹¹⁴.

Le critère de la nécessité nous paraît tout autant rempli. Il apparaît plus adapté de rapprocher les règles de droit international privé et les règles de procédure que d'opérer un rapprochement des législations matérielles, préservant par là même une certaine concurrence des législations des États membres et surtout la diversité. Il nous semble ainsi que les dispositions de l'article 67 TFUE¹¹¹⁵ sont en partie préservées.

La conformité avec le troisième et dernier critère de proportionnalité va cependant limiter l'action de l'Union européenne. L'article 81 §2 f) porte, d'ailleurs, déjà en soi les germes de cette limite. Il ne s'agit pas de rapprocher l'ensemble des règles de procédure, ce qui serait excessif et sans nul doute difficile à mettre en œuvre, mais seulement celles nécessaires pour atteindre l'objectif de l'espace judiciaire européen. Selon l'article 81 §2 f), il est seulement question d'éliminer les « *obstacles au bon déroulement des procédures civiles* ». Pour ne prendre qu'un exemple, il apparaît évident que de rapprocher les formes des voies de recours entre les différents États membres serait, au-delà des questions de souverainetés, totalement excessif et difficile à réaliser dans la mesure où elles reposent sur

¹¹¹³ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2. Il est à noter que cette question de l'édification d'un espace judiciaire européen n'empêche pas, tant sur le plan de la légalité (cf. *supra*, Section 1, §2, B.) que sur celui de la légitimité (cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2), l'édiction de règles applicables à tous les litiges transfrontières et non aux seuls litiges intraeuropéens.

¹¹¹⁴ Voir article 3 TUE et *infra*, Chapitre 2, Section 1, §1.

¹¹¹⁵ Article 67 §1 TFUE : « *L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres* ».

l'organisation judiciaire de chaque État¹¹¹⁶. Par suite, la mise en œuvre d'une telle mesure conduirait à des réformes d'ampleur totalement excessive et sans doute irréalisables, de la part des États membres. À l'inverse, harmoniser, par exemple, les règles relatives à l'office du juge en droit international privé ne semble pas occasionner un coût ou des démarches importants de la part des États membres. Mais cela permettrait une meilleure efficacité des instruments européens, et favoriserait l'égalité des justiciables devant les différentes juridictions des États membres¹¹¹⁷.

La mise en œuvre de l'article 81 §2 f) ne nous paraîtra, par conséquent, totalement légale qu'à la seule condition qu'elle se limite à la stricte mesure du nécessaire – aussi étendue soit-elle –, mais qu'elle ne conduise pas à une unification totale de la procédure, au nom de la diversité et de la « *tradition juridique des États membres* ». Partant, il faudra « *s'en tenir aux disparités insupportables* »¹¹¹⁸.

315. Conclusion de la section. Le principe de proportionnalité semble donc bien mettre un cadre strict à l'action de l'Union européenne quant à l'adoption de règles matérielles de procédure relatives aux litiges privés internationaux. Si ce principe la limite, elle ne l'empêche toutefois pas et ne le doit pas, puisqu'elle contribue à l'objectif d'édification et de développement de l'espace judiciaire européen. À l'inverse, la subsidiarité ne semble pas vraiment avoir d'influence sur l'exercice de la compétence puisque s'agissant de litiges internationaux, la voie supranationale, dans sa forme réalisable, apparaît comme la plus pertinente. Au-delà, l'autonomie procédurale ne constitue pas non plus un frein à l'action envisagée puisqu'elle plie, mais ne rompt pas, sous le joug des règles européennes de procédure.

¹¹¹⁶ STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. p.22. L'auteur remarque ainsi que l'organisation judiciaire est une limite pratique du rapprochement des procédures.

¹¹¹⁷ Sur l'office du juge, cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §3, B., 2.

¹¹¹⁸ JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.112.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

316. Fondement textuel. De nombreuses dispositions auraient pu fonder, dès l'origine, une action de l'Union européenne en matière de procédure transfrontière. La voie intergouvernementale a cependant été préférée pour des raisons totalement justifiées liées aux objectifs originaires de l'Europe, l'union économique. L'évolution de ces derniers vers un espace de justice a, par la suite, amené l'Union européenne à acquérir une compétence particulière en la matière. Celle-ci est matérialisée par le *littera* f de l'article 81 §2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La conformité avec le principe d'attribution, au terme duquel l'Union européenne ne peut agir que dans les limites des compétences qui lui sont expressément attribuées, ne fait alors aucun doute.

317. Limitation par le principe de proportionnalité. Les principes encadrant l'exercice des compétences de l'Union européenne ont toutefois un rôle important à jouer quant à l'étendue de cette compétence. L'autonomie procédurale, notion qui en dépit des controverses ne semble pas avoir disparu, ne nous paraît pas être un frein à une telle entreprise de rapprochement. En effet, elle revêt, depuis l'origine, un certain caractère subsidiaire et provisoire. Dès lors, elle n'empêche aucunement que soient adoptées des règles matérielles de procédure, l'autonomie procédurale venant compléter le dispositif pour parvenir à un système complet de règles. Le principe de subsidiarité ne nous semble pas plus pertinent pour conclure à une limitation de l'exercice de la compétence de l'article 81. L'encadrement de l'exercice de cette compétence nous semble plutôt être l'objet du principe de proportionnalité. Selon celui-ci, l'Union européenne n'a le pouvoir d'adopter des règles matérielles de procédure que dans une certaine mesure et que dans la limite du strict nécessaire. Un rapprochement total des législations procédurales est donc à proscrire, et nous nous y attacherons dans la suite de notre étude. Toutefois, avant d'envisager les règles matérielles que l'Union européenne pourrait légalement adopter, il importe de s'interroger sur la légitimité de cette action, et de voir si elle est justifiée.

CHAPITRE 2

LA LEGITIMITE DE L'ACTION DE L'UNION EUROPEENNE

318. Objectif et source : les facteurs de la légitimité de l'action de l'Union européenne. La légalité de l'action étant établie, il convient désormais de s'interroger sur la légitimité de l'action de l'Union européenne quant à l'adoption de règles matérielles procédurales de droit international privé. Cela revient à se poser la question de ce qui justifie une telle entreprise, au-delà des seules règles de droit positif. Deux questions peuvent alors se poser quant à l'opportunité et l'intérêt de cette démarche.

D'une part, il est évidemment nécessaire de rechercher ce qui pourrait la motiver. Au-delà de la seule justification d'une action de l'Union européenne en matière de procédure dans les litiges privés internationaux, la question est de savoir si le but poursuivi justifie l'adoption de règles matérielles. C'est tout le problème de l'opportunité de la méthode par rapport aux objectifs poursuivis (*Section 1*).

Mais, établir que des règles matérielles de procédure sont nécessaires ne permet pas d'expliquer en quoi il est opportun que ce soit l'Union européenne qui les édicte. Aussi, d'autre part, il nous paraît important, pour achever d'emporter notre conviction sur la vocation de l'Union européenne à adopter des règles matérielles de procédure, de poser la question de l'opportunité de l'Union européenne comme source de telles règles (*Section 2*).

**SECTION 1 : LA CREATION D'UN ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN COMME OBJECTIF DES
REGLES MATERIELLES DE PROCEDURE**

319. L'espace judiciaire européen comme justification. L'espace judiciaire européen constitue l'objectif général encadrant les mesures prises dans le contexte du droit international privé de l'Union européenne, notamment en matière de procédure civile. Cet espace, encore aujourd'hui inachevé, est le fruit d'un lent processus de création initié à la fin des années 1970¹¹¹⁹. Ce n'est qu'une fois défini (§1) qu'il sera possible de voir en quoi sa construction légitime l'adoption de règles matérielles procédurales (§2).

§1 : LA DEFINITION DE L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN

320. La notion d'espace judiciaire européen. La tentative d'élaboration d'une définition de l'espace judiciaire européen à partir des termes composant l'expression (**B**) ne doit pas nous empêcher de relever des prémisses existantes de la signification de cette notion (**A**). Une fois défini, il conviendra d'en voir les étapes de construction (**C**).

A. Les prémisses existantes de la définition de l'espace judiciaire européen

321. Absence de définition officielle. Même si tous s'accordent pour l'utiliser¹¹²⁰, il n'existe pas de véritable définition de la notion d'espace judiciaire européen. Si cela était vrai il y a plus de trente ans, l'espace judiciaire européen étant alors vu comme « *une zone d'ombre au sol mouvant, où l'on ne s'aventure qu'à tâtons* »¹¹²¹, cela l'est encore, sans conteste, aujourd'hui. Ainsi, certaines publications récentes parlent « *de beaux mots, qui évoquent le Paradis* »¹¹²², ou, loin d'y voir un inconvénient, saluent « *les contours un peu flous de cette [...] notion [...] [qui] laissent ouvertes les perspectives* »¹¹²³. Malgré ces incertitudes, quelques éléments de départ voire des tentatives de définition peuvent être trouvés dans la littérature juridique.

¹¹¹⁹ L'expression apparaît pour la première fois en 1977, dans un discours de Monsieur Valéry Giscard d'Estaing, cf. *infra*, §1, C.

¹¹²⁰ La doctrine et les institutions européennes, principalement dans le cadre des programmes d'action, semblent toutes avoir adopté cette expression au fur et à mesure de sa construction. Il lui est parfois préféré l'expression « espace de justice », mais compte tenu des éléments de définition apportés *infra*, cela semble recouvrir la même réalité.

¹¹²¹ CHARPENTIER (J.), « Vers un espace judiciaire européen », *AFDI*, 1978, p.927

¹¹²² BORRAS (A.), « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, 2005, tome 317, p.363

¹¹²³ POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.584

322. Une composante de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Comme premier élément, il peut être intéressant de noter que l'espace judiciaire européen doit être considéré comme une composante de la notion plus générale que constitue l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹¹²⁴. Celui-ci ne connaît pas non plus de définition consacrée, mais constitue l'un des objectifs de l'Union européenne¹¹²⁵. C'est, de surcroît, cette dernière expression qui connaît un écho plus officiel dans le droit institutionnel européen plutôt que celle d'espace judiciaire européen¹¹²⁶. Plus généralement, l'espace de liberté, de sécurité et de justice correspondrait, en définitive, au pouvoir judiciaire de l'Union européenne entendue comme une organisation politique et non plus seulement économique, évolution largement marquée par le Traité de Lisbonne¹¹²⁷. Monsieur le Professeur Jeuland explique à cet égard que « *si l'on souhaite construire une véritable entité politique européenne, il faut non seulement un pouvoir exécutif – la commission –, un pouvoir législatif – le parlement, le conseil des ministres et le conseil européen –, il faut aussi un pouvoir judiciaire. C'est la raison pour laquelle la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice est si importante pour la construction européenne. Il s'agit d'appliquer au plan européen le principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs* »¹¹²⁸.

Selon certains auteurs, cet objectif général serait ensuite décomposé en deux sous-espaces¹¹²⁹ : un espace de liberté sécurisé¹¹³⁰ et l'espace judiciaire européen. Ce dernier est lui-même subdivisé en deux¹¹³¹ : l'espace judiciaire européen répressif et l'espace judiciaire européen civil qui, seul, nous retiendra dans le cadre de cette étude. Ces différenciations nous

¹¹²⁴ CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p.437, V^o Espace judiciaire européen par Y. Gauthier ; BORRAS (A.), *loc. cit.* ; MARMISSE-D'ABBADIE d'ARRAST (A.), « Espace de liberté, de sécurité et de justice », Rép. Communautaire Dalloz, Septembre 2010, n°39

¹¹²⁵ Article 3 du traité sur l'Union européenne : « *L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice [...]* ».

¹¹²⁶ Ainsi, Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières note, à propos de l'espace judiciaire européen, que « *de façon curieuse, cette dénomination ne joue qu'un rôle de second plan dans le vocabulaire juridique officiel du droit international privé communautaire, ce dernier lui préférant nettement celle d'"espace de liberté, de sécurité et de justice"* » (VAREILLES-SOMMIÈRES [P.], « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.397).

¹¹²⁷ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2014, n°128, p.188 : « *L'UE a essayé, avec le traité de Lisbonne, de passer d'une organisation purement économique à une organisation politique en renforçant le poids du Parlement européen, en créant un président permanent de l'UE et un ministre des Affaires étrangères, et en prévoyant un vote à la majorité qualifiée.* »

¹¹²⁸ *Loc. cit.*

¹¹²⁹ Sur cette dualité, cf. MARMISSE-D'ABBADIE d'ARRAST (A.), *loc. cit.*

¹¹³⁰ Cet espace comprendrait les questions de circulation des individus (visas, droit d'asile...) et la protection des droits fondamentaux. *Ibid.*, n° 63 et s.

¹¹³¹ BARBE (E.) et RENAUDINEAU (G.), « L'espace de liberté, de sécurité et de justice », Notice 6, in *L'Union européenne – Les notices (Édition Traité de Lisbonne)* sous la direction de Jacques Ziller, La documentation française, 2008, p.67 et s.

permettent donc d'exclure certains thèmes du domaine de l'espace judiciaire européen comme le droit de l'immigration ou les droits fondamentaux.

323. Tentatives de définitions. Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières reprend cette idée en posant plusieurs définitions¹¹³². Il explique que la différence entre les notions d'espace de liberté, de sécurité et de justice et celle d'espace judiciaire européen tiendrait dans le domaine couvert par chacune de ces expressions. Ainsi, l'espace de liberté, de sécurité et de justice « *couvre l'ensemble de mécanismes de coopération judiciaire mis en place par le droit communautaire tant en matière civile qu'en matière pénale, allant dans ce dernier domaine jusqu'au rapprochement des politiques pénales* »¹¹³³. En revanche, la notion d'espace judiciaire européen est plus restreinte et « *paraît plus limitée aux relations particulières instituées par le droit communautaire, toujours dans les matières civile et pénale, entre les juridictions des États membres dans leurs rapports respectifs, d'une part, et dans leurs rapports avec les juridictions communautaires, d'autre part* »¹¹³⁴. Concernant plus particulièrement le domaine civil, il définit l'espace judiciaire européen comme une « *notion [...] apte à décrire les rapports de systèmes établis par les instruments communautaires en matière de procédure, de compétence et d'effets des jugements entre les ordres judiciaires civils des États membres, d'une part, et entre chacun de ces ordres et l'ordre judiciaire communautaire, d'autre part* »¹¹³⁵. L'espace judiciaire européen ne couvrirait donc que les questions de coopération¹¹³⁶ entre les instances et les juges judiciaires alors que l'espace de liberté, de sécurité et de justice engloberait notamment, outre ces questions, celles relatives à l'immigration ou encore aux visas.

Dans sa thèse consacrée exclusivement à la notion d'espace judiciaire européen, Monsieur Emmanuel Crabit¹¹³⁷ le définissait comme « *un moyen d'appréhender les relations entre les pays membres des Communautés européennes en matière judiciaire sous l'angle de leur unité* »¹¹³⁸. Il remarque, en outre, que selon les points de vue, le domaine policier y est parfois intégré¹¹³⁹ alors que la définition donnée précédemment par Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières semble exclure la police de l'espace judiciaire européen¹¹⁴⁰.

¹¹³² VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « La compétence internationale... », *loc. cit.*

¹¹³³ *Ibid.*, p.398

¹¹³⁴ *Ibid.*

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ Par opposition aux règles matérielles substantielles.

¹¹³⁷ CRABIT (E.), *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Thèse Bordeaux, 1987

¹¹³⁸ *Ibid.*, p.7

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Cet aspect semblerait plus appartenir à l'espace de liberté sécurisé.

Enfin, l'auteur relève deux approches de la notion d'espace judiciaire européen¹¹⁴¹ : l'approche *de lege lata* permettant d'analyser le droit positif à travers le prisme de la notion¹¹⁴² et l'approche *de lege ferenda* constituant un objectif à atteindre¹¹⁴³.

Pour sa part, Madame le Professeur Sylvaine Poillot-Peruzzetto émet deux hypothèses de départ à la définition de la notion¹¹⁴⁴. La première est « *que l'espace judiciaire est un moyen d'ordonner et de coordonner la variété des systèmes juridiques et judiciaires non pas en vue de la mobilité (la mobilité n'est pas un objectif), mais pour répondre aux besoins de justice malgré la diversité des systèmes et parce qu'il y a mobilité potentielle* »¹¹⁴⁵. L'idée qui sous-tend cette première hypothèse paraît être la confiance mutuelle entre États membres permettant une libre circulation des décisions. La seconde hypothèse émise est « *que dans cet espace, les objets d'étude ne sont ni les marchandises, services ou capitaux, mais le service de la justice et l'accès à tous à la justice, qu'il s'agisse des citoyens de l'Union européenne ou des tiers domiciliés sur le territoire de l'Union* »¹¹⁴⁶. Ce second présupposé renvoie à l'adjectif « judiciaire » qui sera développé ultérieurement.

Après avoir relevé qu'il n'existe pas de définition officielle, Madame Bleuse – de Ponfilly propose de le définir comme tel : « *il s'agit d'appréhender les relations entre les pays membres des Communautés européennes en matière judiciaire sous l'angle de leur unité. Toutes les formes de coopération judiciaire déjà connues en droit positif sont concernées* »¹¹⁴⁷.

Madame le Professeur Marie-Laure Niboyet précise quant à elle qu'il s'agirait d'un « *espace global* » en ce que l'idée des frontières paraît totalement dépassée. L'auteur note même que l'espace judiciaire européen bénéficierait, au contraire des différents ordres juridiques nationaux, du système de réseau mis en place entre les magistrats¹¹⁴⁸.

¹¹⁴¹ CRABIT (E.), *op. cit.*, p.9

¹¹⁴² C'est celle préférée par l'auteur pour son étude même si les deux sont évoquées. *Ibid.*

¹¹⁴³ Compte tenu de l'évolution de l'espace judiciaire européen et, surtout, des raisons justifiant la définition de cette notion, c'est cette seconde approche qui sera retenue dans le cadre de notre étude.

¹¹⁴⁴ POILLOT-PERUZZETTO (S.), « La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.51

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p.53

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ BLEUSE – DE PONFILLY (S.), *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Paris V – René Descartes, 2000, spéc. p.7

¹¹⁴⁸ NIBOYET (M.-L.), « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p.937, spéc. p.942, n°11 : « *On peut parler d'espace global parce qu'on dépasse le cloisonnement des systèmes nationaux pour faire comme si tout se passait dans un espace unique élargi à l'ensemble des territoires des États de la communauté, mieux même que dans les relations purement*

324. Conclusion. En conclusion, il semble que l'espace judiciaire européen soit un objectif à atteindre par l'Union européenne dans le cadre plus général de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, mais ne se confondant pas avec lui. Il est en étroite corrélation avec les libertés de circulation de l'Union européenne. Ces quelques éléments de départ ne permettent pas de dresser une véritable définition de la notion, aussi convient-il d'essayer d'élaborer celle-ci à partir des termes composant l'expression.

B. L'élaboration d'une définition

325. Un *espace*. Tout d'abord, d'un point de vue purement formel, la notion d'*espace* renvoie à « *l'aire géographique interétatique au sein de laquelle se développe sous certains rapports une collaboration des autorités inspirée par une politique commune* »¹¹⁴⁹. Certains auteurs ont pu relever que le choix de ce terme au détriment de celui de « territoire » témoignait d'une volonté consciente de mise à l'écart du principe de territorialité lié à la notion de souveraineté et donc à la notion d'État, ce que l'Union européenne n'est pas. Il ferait écho à l'objectif de libre circulation des décisions de justice entre les États membres¹¹⁵⁰, objectif qui passe nécessairement par l'établissement d'une confiance mutuelle entre les États membres¹¹⁵¹. Le doyen Carbonnier relevait qu'il ne fallait pas « *se faire une conception étroitement matérielle et, pour ainsi dire, rivée au sol* »¹¹⁵² de la notion d'espace bien que « *l'espace juridique a pour support naturel un territoire, une portion de la terre qui est délimitée et marquée d'une affectation* »¹¹⁵³. Il relève, ensuite, la dimension « *psychologique* » de l'espace qui constitue finalement plus un groupement d'individus liés par « *un réseau de rapports de droit* »¹¹⁵⁴.

Si l'utilisation du terme « espace » exclut l'idée de territoire, l'existence de normes juridiques propres à l'Union européenne impliquerait, par ailleurs, l'absence d'assimilation de l'espace judiciaire européen à une simple zone géographique¹¹⁵⁵. Ainsi, Monsieur Emmanuel

internes où il n'y a aucune structure comparable à celle du réseau, susceptible d'organiser de telles relations entre magistrats. »

¹¹⁴⁹ V° Espace, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.414

¹¹⁵⁰ CANIVET (G.), « La construction de l'espace judiciaire européen » conférence à l'École nationale des greffes du 3 octobre 2006, disponible sur le site de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/03-10-06_canivet_eng.pdf

¹¹⁵¹ Cf. *infra*, §2

¹¹⁵² CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} éd., 2004, p.348

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p.349

¹¹⁵⁵ CADIET (L.), JEULAND (E.) et AMRANI MEKKI (S.) (Dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011, n°3, p.XVIII : « *Le droit judiciaire européen est une matière en pleine*

Crabit voit dans le choix de ce terme la volonté de souligner le concept d'unité qu'il considère comme l'un « *des composants essentiel de la notion d'espace judiciaire européen* »¹¹⁵⁶. Ce terme d'espace représenterait donc l'unité des États membres sous-tendant les principes de confiance mutuelle et de libre circulation des décisions.

326. Un espace judiciaire. Ensuite, le terme *judiciaire* désigne la limite matérielle de l'espace. Il désigne dans un sens large ce « *qui appartient à la justice, par opposition à législatif et administratif* »¹¹⁵⁷ et dans un sens précis ce « *qui concerne la justice rendue par les tribunaux judiciaires* »¹¹⁵⁸. Il est issu du latin *judiciarius* dérivé de *judex* signifiant le juge. Cet adjectif renvoyant donc expressément aux juges permet, par conséquent, de soutenir la thèse selon laquelle l'espace judiciaire ne couvre que les questions liées aux relations entre les juges judiciaires contrairement à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Par ailleurs, dans la mesure où le terme judiciaire renvoie à ce qui concerne la justice, il est possible de conclure à l'équivalence entre les expressions « espace de justice » et « espace judiciaire ».

Plus précisément, le programme de La Haye édicté suite au conseil européen de novembre 2004 expose que l'espace judiciaire européen est un espace où est assurée la libre circulation des décisions de justice. Il constitue également, selon ce même programme, un espace où l'accès effectif à la justice est garanti¹¹⁵⁹. L'espace judiciaire serait donc un groupement d'individus entre lesquels est assurée, si ce n'est une uniformité, tout du moins la mise en place d'éléments permettant de promouvoir une confiance mutuelle entre les systèmes juridictionnels, permettant ainsi la libre circulation des décisions de justice à l'intérieur de cette zone et un accès aisé à la justice.

327. Un espace judiciaire européen. Enfin, le terme *européen* désigne la limite géographique de l'espace. Deux interrogations ont pu se poser par rapport à ce terme. La première était de savoir de quelle Europe il était question, et la réponse semble évidente. En

construction, participant de l'édification d'une espace judiciaire européen, qui n'est ni un territoire, car l'Union européenne serait alors un État, ni une simple zone géographique, car l'Union européenne a un contenu juridique. »

¹¹⁵⁶ CRABIT (E.), *thèse précitée*, p.7

¹¹⁵⁷ V^o Judiciaire, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.580

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ « *Un espace européen de justice ne constitue pas seulement un espace dans lequel les décisions judiciaires obtenues dans un État membre sont reconnues et exécutées dans d'autres États membres, mais plutôt un espace dans lequel un accès effectif à la justice est garanti en vue de l'obtention et de l'exécution des décisions judiciaires.* »

effet, si dans un contexte juridique l'adjectif européen peut désigner plusieurs réalités¹¹⁶⁰, l'analyse des sources¹¹⁶¹ et du cadre d'utilisation de l'expression¹¹⁶² conduit, sans conteste, à conclure qu'il est ici à prendre dans le sens de l'Union européenne.

La seconde question qui reste à résoudre est alors de savoir s'il s'agit réellement de la limite géographique d'application des outils créés dans ce cadre ou non. Si la source des outils émis dans le cadre de l'espace judiciaire européen est sans conteste l'Union européenne, leur domaine territorial d'application suscite plus d'interrogations. C'est la question plus générale de la définition du litige communautaire. Ainsi, les règlements n'ont pas toujours vocation à ne s'appliquer qu'aux relations dont tous les éléments se situeraient sur le territoire de l'Union que ce soit sous l'effet de la jurisprudence¹¹⁶³ ou sous celui des instruments adoptés, eux-mêmes¹¹⁶⁴. Néanmoins, la totalité des instruments envisagés, quel que soit leur domaine d'application, a pour vocation première de renforcer la confiance mutuelle et la libre circulation des décisions à l'intérieur du territoire composé par les États membres de l'Union européenne¹¹⁶⁵ ce qui renforce l'interprétation donnée à l'adjectif européen.

Associé au terme d'espace, dont il a été vu la dimension humaine, l'adjectif européen renverrait plutôt aux personnes se situant sur le territoire de l'Union européenne. La question qui se pose alors est de déterminer quelles personnes sont concernées : les citoyens européens ou toute personne qui se trouve sur le territoire d'un État membre ? Selon quel critère ? Comme relevé précédemment, à la lecture des textes composant l'espace judiciaire européen,

¹¹⁶⁰ Selon les circonstances, il peut désigner ce qui se rapporte à l'Europe géographique, ce qui se rapporte au conseil de l'Europe ou ce qui se rapporte à l'Union européenne.

¹¹⁶¹ Il s'agit en majorité de règlements au sens de l'article 288 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

¹¹⁶² L'expression est souvent utilisée dans les programmes d'action issus des conseils européens tenus dans le cadre de l'Union européenne.

¹¹⁶³ Voir, par exemple, CJCE, Affaire C-281/02, 1^{er} mars 2005, *Andrew Owusu c/N.B. Jackson*, Recueil 2005 page I-01383, Conclusions Philippe Léger. Dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes applique le règlement de façon impérative bien qu'il ne s'agisse pas d'un conflit de juridictions entre des juridictions de plusieurs États membres, mais entre un État membre et un État tiers (en l'occurrence, la Jamaïque).

¹¹⁶⁴ Voir, par exemple, le règlement n°2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale du 27 novembre 2003 et entré en application le 1^{er} mars 2005, règlement dit *Bruxelles II Bis* qui ne prévoit pas de critères d'applicabilité et donc de délimitation spatiale. Il s'applique dès lors la mise en œuvre des règles du règlement désigne les juridictions d'un État membre comme étant compétentes. Sur cette question, voir NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°539, p.378.

¹¹⁶⁵ Voir les considérants des différents instruments édictés dans le cadre de l'espace judiciaire européen. Pour un exemple, le considérant 6 du règlement n°44/2001 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000 et entré en application le 1^{er} mars 2002, dit règlement *Bruxelles I* : « Pour atteindre l'objectif de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale [...] ».

il ressort que le critère du domicile sur le territoire européen laisse aujourd'hui la place à une dimension universaliste au-delà de la citoyenneté européenne ou même du domicile¹¹⁶⁶.

328. Définition. En conclusion, l'espace judiciaire européen désigne l'aire géographique – s'étendant sur tous les États membres de l'Union européenne et, surtout, à ses citoyens ou domiciliés – au sein de laquelle l'objectif est d'assurer, à tous les justiciables, l'égal accès aux tribunaux et dans le cadre de laquelle sont adoptés des outils permettant de favoriser la libre circulation des décisions de justice. Il est possible d'ajouter que l'espace judiciaire européen peut être qualifié d'ordre juridique processuel européen, par opposition à l'ordre substantiel européen contenant les règles de droit privé matériel¹¹⁶⁷. Il est le fruit d'une lente construction qui n'est, aujourd'hui, toujours pas achevée.

C. La construction de l'espace judiciaire européen

329. Généralités. L'expression a, pour la première fois, été utilisée par Monsieur Valéry Giscard d'Estaing dans son discours au Conseil européen de Bruxelles le 5 décembre 1977¹¹⁶⁸. Néanmoins, la notion était alors souvent entendue dans son unique acception pénaliste. Nonobstant quelques conventions ponctuelles, telles que la Convention de Bruxelles de 1968, c'est principalement sur cette matière que les travaux de cette époque ont porté, notamment dans le cadre du groupe de TREVI. Par la suite, l'espace judiciaire européen, en ce qu'il appartient à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, s'est imposé dans les traités institutionnels (I) pour aujourd'hui offrir un contenu assez fourni pour le domaine civil (2).

¹¹⁶⁶ Cf. règlement Bruxelles I qui s'applique, dans le cas général, seulement si le défendeur a son domicile sur le territoire d'un État membre ; par opposition à la vocation universaliste du règlement Bruxelles II bis. Il est à noter toutefois que le règlement Bruxelles I n'a pas été étendu lors de sa récente refonte en 2012, malgré les propositions en ce sens. Sur ces questions, cf. *infra*, Section 2, §2

¹¹⁶⁷ JEULAND (E.), « Brèves remarques sur la qualification de l'espace judiciaire européen en un ordre juridique interétatique de droit privé », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p.435. L'auteur y démontre, en outre, que certaines règles de droit international privé *a priori* substantielles font en fait partie de l'espace judiciaire européen, élargissant un peu le domaine de ce dernier.

Pour une étude approfondie, voir LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013

¹¹⁶⁸ *La politique étrangère de la France*, La documentation française, 4^{ème} trimestre, 1977, p.65 : « Je suggère donc que, par l'adoption d'une convention d'extradition automatique assortie des garanties appropriées pour les cas de crimes particulièrement graves, quels qu'en soient les mobiles, les Neuf mettent en place le premier élément d'un espace judiciaire unique. »

1. L'évolution de l'espace judiciaire européen dans les traités institutionnels

330. Intégration dans l'ordre juridique européen. Le traité de Maastricht¹¹⁶⁹ est le premier à avoir intégré cette question dans l'ordre juridique européen. Il a créé l'organisation en pilier et a fait du troisième celui relatif à la « Justice et aux affaires intérieures ». En son article K.1, le traité de 1992 affirme qu'« *aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, notamment de la libre circulation des personnes, et sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, les États membres considèrent les domaines suivants comme des questions d'intérêt commun : [...] 6) la coopération judiciaire en matière civile* ». Si les termes d'espace de liberté, de sécurité et de justice ou d'espace judiciaire européen ne sont pas encore utilisés, l'idée soutenant leur création se retrouve parfaitement dans ce pilier. Il est intéressant de constater que la formulation de la disposition induit l'idée selon laquelle l'espace de justice est un moyen au service du marché intérieur et, plus particulièrement, de la libre circulation des personnes.

331. Communautarisation du domaine civil. Ce n'est qu'en 1997, avec le traité d'Amsterdam¹¹⁷⁰, que l'Union européenne affirme enfin explicitement que l'espace de liberté, de sécurité et de justice est un des objectifs de l'Union. Cette transformation est visible à travers l'article 2 du traité sur l'Union européenne¹¹⁷¹ qui assure que « *l'Union se donne pour objectifs : [...] de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes* ». Alors que la coopération judiciaire était un moyen au service de l'objectif principal qu'était le marché commun et ses libertés fondamentales, elle devient un objectif en soi et donc une fin. Elle reste malgré tout rattachée à la libre circulation des personnes.

Du point de vue, plus spécifique, de la justice civile, le traité de 1997 marque un important tournant. Il « *communautarise* » la matière en l'intégrant au premier pilier et, plus précisément, aux articles 61 et 65 du traité instituant la communauté européenne¹¹⁷². Néanmoins, il est notable que le critère du bon fonctionnement du marché intérieur soit

¹¹⁶⁹ Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 – JOCE C191 du 29 juillet 1992 – Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993

¹¹⁷⁰ Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 – JOCE C340 du 10 novembre 1997 – Entré en vigueur le 1^{er} mai 1999

¹¹⁷¹ Dans sa version consolidée, 97/C 340/02

¹¹⁷² Dans sa version consolidée, 97/C 340/03

maintenu, l'article 65 prévoyant que les mesures adoptées dans le cadre de cet espace doivent être « *dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* »¹¹⁷³.

332. Autonomie de l'objectif. Le traité de Lisbonne¹¹⁷⁴ marque un nouveau pas dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, par voie de conséquence, dans celui de l'espace judiciaire européen. L'article 3 du traité sur l'Union européenne place l'objectif de construction de cet espace après celui de la paix, mais avant celui du marché intérieur. Semble démontrée ainsi l'évolution qualitative de la notion dans la construction de l'Union européenne. Certains auteurs soulignent même que cette évolution est « *un saut qualitatif important [...] pour la coopération judiciaire civile* »¹¹⁷⁵. De plus, l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « *l'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres* ». La lecture *in extenso* de cette disposition laisse apparaître l'absence de référence obligatoire au critère du bon fonctionnement du marché intérieur¹¹⁷⁶ consacrant l'autonomie de l'objectif par rapport au marché commun¹¹⁷⁷.

Cette autonomie est d'autant plus marquée que l'objectif est régulièrement au cœur des politiques de l'Union. Son importance a été consacrée par le conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 voué spécialement à cet espace de liberté, de sécurité et de justice. Les conclusions qui en sont issues établissent un programme d'action pour la période s'étendant de 2000 à 2004. Il y est relevé que « *le citoyen ne peut jouir de la liberté que dans un véritable espace de justice, où chacun peut s'adresser aux tribunaux et aux autorités de tous les États membres aussi facilement qu'il le ferait dans son propre pays* »¹¹⁷⁸. Il est alors possible de noter la véritable volonté de créer un espace judiciaire en Europe, volonté reprise textuellement dans le titre du B des conclusions.

¹¹⁷³ Pour plus de développements sur cette disposition, voir *supra*, Chapitre 1, Section 1

¹¹⁷⁴ Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 – JOCE C306 du 17 décembre 2007 – Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Ce traité modifie les traités antérieurs et l'Union européenne demeure régie par deux traités différents : le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

¹¹⁷⁵ STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, p.70 : « *a significant qualitative leap [...] for judicial cooperation in civil matters* ».

¹¹⁷⁶ Article 81 TFUE, §2 : « *notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* ».

¹¹⁷⁷ En ce sens, voir JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2014, n°137, p.194

¹¹⁷⁸ Conclusions disponibles en libre accès à : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

Un nouveau conseil européen tenu les 4 et 5 novembre 2004 à La Haye, renforçant encore la volonté de construire un espace de liberté, de sécurité et de justice, a mis en place un programme d'action pour les années 2005 à 2009 tenant en dix priorités¹¹⁷⁹. Parmi ces dix priorités figure, au point 9, la volonté de « *garantir à tous un véritable espace européen de justice* ». Cette affirmation tend à conforter cet espace judiciaire européen en tant qu'objectif primordial de la politique de l'Union européenne.

Dernièrement enfin, le programme de Stockholm¹¹⁸⁰, adopté suite au conseil européen des 10 et 11 décembre 2009 pour la période allant de 2010 à 2014, prévoit que « *la réalisation d'un espace européen de la justice doit être approfondie afin de dépasser la fragmentation actuelle* ». Une fois encore, l'Union témoigne d'une volonté toujours présente de créer un espace judiciaire européen, mais surtout du fait qu'il s'agit d'un processus en cours bien que l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne indique que « *l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice* »¹¹⁸¹ faisant ainsi disparaître l'idée de dynamique.

2. Le contenu actuel de l'espace judiciaire européen civil

333. De nombreux instruments. Aujourd'hui, nombre d'instruments se rattachent à l'espace judiciaire européen. Si le domaine pénal primait dans les esprits lorsqu'était évoquée cette notion à l'origine, force est de constater que le domaine civil est aujourd'hui un terrain propice à la législation européenne. Règlements¹¹⁸², directives¹¹⁸³ et même décision du conseil¹¹⁸⁴ forment ainsi un embryon de système permettant la création de l'espace judiciaire européen civil au sein duquel seraient assurés la libre circulation des décisions et l'accès effectif à la justice.

334. Proposition de classification. Face à la diversité des instruments constituant l'espace judiciaire européen civil, certains auteurs ont tenté d'établir une classification.

¹¹⁷⁹ « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM(2005) 184 final – JOCE C236 du 24 septembre 2005

¹¹⁸⁰ « Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », JOUE 2010/C 115/01 du 4 mai 2010

¹¹⁸¹ Souligné par nous.

¹¹⁸² Pour ne prendre que quelques exemples, voir les règlements Bruxelles I, Bruxelles II bis, Rome I, Rome II, ou encore, Rome III.

¹¹⁸³ Voir, par exemple, la directive n°2002/2/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires.

¹¹⁸⁴ Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.

S'appuyant sur une distinction opérée par les Professeurs Guinchard, Douchy, Bandrac et Lagarde, Monsieur Hakim Boularbah propose de faire la différence entre le droit judiciaire des instruments de coopération, le droit judiciaire européen et le droit processuel commun¹¹⁸⁵.

Le droit judiciaire des instruments de coopération consiste dans l'organisation pratique des rapports entre les juridictions afin de faciliter la coopération judiciaire. Les exemples topiques de ce type d'instrument sont les règlements sur la signification¹¹⁸⁶ et sur l'obtention des preuves¹¹⁸⁷. Il ne s'agit donc pas ici de créer des règles de procédure de fond harmonisées ou unifiées, mais plutôt « *d'apporter certains aménagements à la souveraineté des États en précisant les conditions moyennant lesquelles des actes pourront être signifiés ou notifiés et des mesures d'instruction réalisées sur leur territoire* »¹¹⁸⁸. À l'image de la méthode conflictuelle précédemment jugée insuffisante, il apparaît que ce type d'instrument ne permet pas toujours de remédier aux difficultés posées par les divergences procédurales¹¹⁸⁹. Ils sont cependant nécessaires, et offrent un premier socle de règles allant dans le sens de la construction de l'espace judiciaire européen¹¹⁹⁰.

Le droit processuel commun correspondrait aux règles de droit interne influencées par les principes fondamentaux du droit européen tel que le principe de non-discrimination. Ces principes font partie de l'espace judiciaire européen et leur consécration dans les droits judiciaires internes participe d'une certaine harmonisation indirecte de la matière.

Le droit judiciaire européen regroupe les instruments européens portant des règles procédurales communes qu'elles soient propres aux litiges transfrontières ou, dans de très rares cas, qu'elles aient une portée plus générale. Si l'on retient cette classification, il s'agit de la catégorie à laquelle appartiennent les règles matérielles de procédure dans les litiges transfrontaliers. Toutefois, reste encore la question de savoir en quoi l'adoption de telles normes est rendue nécessaire par l'espace judiciaire européen tel que nous venons de le définir.

¹¹⁸⁵ BOULARBAH (H.), « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.167

¹¹⁸⁶ Règlement n°1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), JOCE L324 du 10 décembre 2007

¹¹⁸⁷ Règlement n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOCE L174 du 27 juin 2001.

¹¹⁸⁸ BOULARBAH (H.), *article précité*, n°10, p.179

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, n°9, p.177

¹¹⁹⁰ Sur ces instruments, voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, §1 et *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1

§2 : L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN COMME JUSTIFICATION A L'ADOPTION DE REGLES MATERIELLES DE PROCEDURE

335. Libre circulation des décisions et marché commun. La libre circulation des décisions qui semble être au cœur de la construction de cet espace judiciaire européen implique une certaine confiance entre les États qui ne nous paraît pas envisageable en l'absence d'homogénéité des règles procédurales (A). Au-delà, l'espace judiciaire européen et l'adoption de règles procédurales communes apparaissent comme le cadre privilégié permettant d'accompagner et de renforcer efficacement le marché commun (B).

A. Libre circulation des décisions, confiance mutuelle et règles procédurales

336. La libre circulation des décisions. Tel que précédemment défini, il ressort que l'espace judiciaire européen, en construction, est le cadre de la libre circulation des décisions de justice. De façon générale, la libre circulation apparaît comme une notion fondamentale du droit de l'Union européenne. L'article 3 §1 c) de l'ancien traité instituant les Communautés européennes¹¹⁹¹ posait ainsi, aux fins de l'établissement d'un marché commun, les quatre libertés fondamentales, à savoir « *l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux* ». La mobilité alors offerte, associée à l'ouverture des frontières dans l'espace Schengen, suscitait bientôt un besoin judiciaire.

Plus précisément, la libre circulation des jugements correspond à « *la circulation sans entrave – des actes judiciaires ou extrajudiciaires entre les États membres de l'Union européenne* »¹¹⁹². Elle constituerait même, selon Madame Marmisse, la cinquième liberté fondamentale de l'Union européenne à côté de celles énoncées précédemment¹¹⁹³, liberté « *nécessaire à l'instauration d'un espace intérieur cohérent et effectif* »¹¹⁹⁴. Afin de parvenir à cette conclusion, l'auteur, que nous suivons dans son analyse, se fonde sur l'utilisation de l'expression dans les conclusions d'avocats généraux ou même dans les arrêts de la Cour de justice européenne¹¹⁹⁵. En ce sens, elle cite notamment les conclusions de Monsieur l'Avocat

¹¹⁹¹ Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée de Nice), JOCE C325 du 24 décembre 2002

¹¹⁹² PAYAN (G.), « Programme de Stockholm et coopération judiciaire civile : des orientations du conseil européen au plan d'action de la commission européenne », *R.R.J.*, 2010, p.1809, spéc. p.1813

¹¹⁹³ MARMISSE (A.), *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, n°62, p.58

¹¹⁹⁵ Voir, par exemple, CJCE, 4 octobre 1991, Affaire C-183/90, *Van Dalzen et autres c/Van Loon et Berendsen*, Recueil 1991 page I-4743, Conclusions Walter Van Gerven dans laquelle les juges européens

général Darmon selon lequel « *la libre circulation des jugements s'ajoute aux quatre libertés fondamentales contenues dans le Traité* »¹¹⁹⁶. Aux fins de l'établissement d'un espace judiciaire européen, la liberté de circulation des décisions de justice apparaît donc bien comme un principe directeur fondamental.

337. La nécessité de la confiance mutuelle. Ainsi définie, la libre circulation des décisions nous semble nécessairement impliquer le principe de reconnaissance mutuelle. En effet, la première ne serait pas possible sans la seconde, car l'existence de procédures complexes de reconnaissance des décisions étrangères constitue, par définition, une barrière à la libre circulation des décisions de justice. Toutefois, certains auteurs notent que le vocable de « *confiance réciproque* » reste plus usité par les instances européennes que celui de reconnaissance mutuelle¹¹⁹⁷. L'utilisation du terme réciproque ou mutuel revêt une certaine importance puisque, selon ces auteurs, « *le terme "réciproque" fait référence à une relation bilatérale entre deux parties, qui soit se connaissent suffisamment pour que l'une reconnaisse les actes de l'autre afin que cette dernière lui rende la pareille dans une situation semblable, soit ont encadré les conditions de cet échange par traité bilatéral. Le terme "mutuel" évoque pour sa part une relation multilatérale, dans laquelle une chose ou une valeur est partagée par l'ensemble des membres du groupe. L'idée d'un fonds commun préalable est ici présumée, contrairement au cas de la réciprocité* »¹¹⁹⁸. Or, force est de constater, par une rapide recherche dans la base de données européenne, que l'expression de « reconnaissance mutuelle » fait aujourd'hui pleinement partie des objectifs de l'Union européenne¹¹⁹⁹.

L'instauration, ou plutôt le renforcement¹²⁰⁰, d'une confiance mutuelle est donc rendue nécessaire¹²⁰¹. Celle-ci apparaît comme une condition *sine qua non* de la reconnaissance

parlent, au point 30, de l'objectif de la libre circulation des jugements poursuivi par la Convention de Bruxelles de 1968 alors en cause.

¹¹⁹⁶ CJCE, 2 décembre 1992, Affaire C-172/91, *Volker Sonntag c/Hans Waidmann, Élisabeth Waidmann et Stefan Waidmann*, Recueil 1993 page I-1963, Conclusions Darmon, Recueil 1993 page I-1977, spéc. n°70, I-1985.

¹¹⁹⁷ LELIEUR (J.) et SINOPOLI (L.), « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat », *PA*, 22 février 2007, n°37, p.7

¹¹⁹⁸ *Loc. cit.*

¹¹⁹⁹ Voir, par exemple, le programme de Stockholm ; le Préambule de la proposition de Règlement du conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM/2011/0127 final ; ou encore, le Considérant 4 du Préambule du Règlement Rome II.

¹²⁰⁰ PAYAN (G.), *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Préface de J. Normand, Bruylant, 2012, n°209, p.402 et s. L'auteur y exprime l'idée selon laquelle, bien que la confiance mutuelle « *ne se décrète pas* », elle existe déjà. Toutefois, elle est en constante évolution et doit être entretenue.

¹²⁰¹ PAYAN (G.), « Programme de Stockholm et coopération judiciaire civile : des orientations du conseil européen au plan d'action de la commission européenne », *R.R.J.*, 2010, p.1809, spéc. p.1814-1815 : « *L'effectivité de ce principe [celui de reconnaissance mutuelle] suppose donc un haut niveau de confiance*

mutuelle et donc de l'espace judiciaire européen en ce qu'il semble délicat de faciliter voire annihiler les procédures de reconnaissance¹²⁰² sans que les États membres ne puissent se fier aux décisions rendues dans les autres États. Pour Monsieur le Professeur Jean-Sylvestre Bergé, la reconnaissance mutuelle des décisions de justice est l'aboutissement de la confiance mutuelle alors instaurée¹²⁰³.

338. Confiance mutuelle et règles procédurales communes. La question qui se pose alors est de voir si cette confiance mutuelle implique la création de règles communes, et en particulier de règles procédurales communes au-delà de la seule méthode conflictuelle. En reprenant la définition posée par Madame et Messieurs Debard, Le Baut-Ferrarese et Nourissat, la confiance mutuelle impliquerait justement l'absence d'harmonisation. En effet, selon les auteurs la confiance mutuelle aurait pour objet « *de mettre un frein à l'inflation législative communautaire dans le respect du principe de subsidiarité* »¹²⁰⁴. Il ressort de cette position que la confiance mutuelle s'obtiendrait non pas en rapprochant les différentes législations, mais plutôt en permettant d'imposer la reconnaissance des décisions en dépit de ces divergences. À cet égard, Mesdames Lelieur et Sinopoli parlent alors d'une reconnaissance mutuelle « *arrachée* » par opposition à la reconnaissance fondée sur « *une "confiance" en un fonds commun aux différentes législations des États membres* »¹²⁰⁵. C'est pourtant cette dernière que nous privilégions, dans la mesure où, à l'image de Monsieur le Professeur Cadiet, nous estimons que « *la confiance mutuelle ne peut être imposée par décret* »¹²⁰⁶. Il n'y aurait en définitive aucune antinomie entre la confiance mutuelle et le

mutuelle entre les autorités compétentes des États membres. Cette confiance mutuelle est d'ailleurs présentée comme une condition du succès de la mise en œuvre du programme de Stockholm ».

¹²⁰² Si, dans le cadre des règlements Bruxelles I et II bis, les décisions émanant d'États membres sont reconnues de plein droit tant que leur régularité n'est pas discutée, il existe toujours des obstacles à la totale liberté de circulation des jugements en ce qu'une procédure de déclaration de fore exécutoire est toujours nécessaire. Toutefois, la simplification de ces procédures par rapport au droit commun, amplifiée par le règlement Bruxelles I refondu ou par la création du titre exécutoire européen semble aller de plus en plus dans le sens d'une libre circulation des décisions de justice sans réserve.

¹²⁰³ BERGE (J.-S.), « Le droit d'une "communauté de lois" : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.113, spéc. p.128, n°17 : « *Le principe de reconnaissance mutuelle, que nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises, n'est rien d'autre que l'expression d'une volonté de faire vivre ensemble la loi du pays d'origine de la personne, marchandise, du service ou des capitaux et la loi du pays de destination ou pays d'accueil. Dans une "communauté de lois", les États membres tentent, autant que possible, de se faire mutuellement confiance au point de reconnaître la solution juridique étrangère comme équivalente à la leur.* »

¹²⁰⁴ DEBARD (T.), LE BAUT-FERRARESE (B.) et NOURISSAT (C.), *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2007, V^o confiance mutuelle

¹²⁰⁵ LELIEUR (J.) et SINOPOLI (L.), « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat », *PA*, 22 février 2007, n°37, p.7

¹²⁰⁶ CADINET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible à l'adresse suivante : http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf. Voir spéc. p.17 : « *mutual trust cannot be imposed par décret [sic]* ».

rapprochement des législations. Au contraire, il nous semble qu'une véritable reconnaissance mutuelle des décisions ne peut s'opérer qu'en se fondant sur une confiance mutuelle issue de législations procédurales proches puisqu'il est toujours plus facile de faire confiance à ce que l'on connaît et maîtrise¹²⁰⁷. Ce rapprochement constituerait une « *garantie nécessaire* »¹²⁰⁸ accompagnant la confiance mutuelle. Cela n'implique pas pour autant de créer des règles de procédure précises et détaillées. Aussi, les principes procéduraux dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 6 de la Convention devraient, dans une certaine mesure, suffire pour instaurer une confiance mutuelle relativement aux droits fondamentaux. Dans le même sens, l'exemple du titre exécutoire européen est assez significatif. L'instauration de ce titre pouvant circuler librement dans l'espace judiciaire européen s'accompagne de normes minimales de procédure instaurées en contrepartie de la suppression de *l'exequatur*¹²⁰⁹. Pour résumer, « *dès lors que l'on raisonne en termes de confiance mutuelle entre les États membres, il apparaît que le rapprochement des droits nationaux constitue la seule véritable alternative à la suppression des mesures intermédiaires préalables à la mise en œuvre dans un État membre, d'une mesure d'exécution ou de "préparation" provenant d'un autre État membre* »¹²¹⁰.

Au demeurant, force est de constater qu'aux yeux du Conseil européen, l'harmonisation des législations est le facteur le plus important permettant de parvenir à la confiance mutuelle. S'il n'apparaît pas comme le seul facteur de confiance mutuelle, il serait néanmoins le plus efficace¹²¹¹. Plus encore, afin de conserver les particularismes nationaux conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le rapprochement en

¹²⁰⁷ STORME (M.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.10 : « *La confiance dans les institutions, et plus spécialement dans le pouvoir judiciaire, est le fondement principal dans la maison européenne.* »

Cette confiance ne peut qu'être confortée lorsque l'on sait et se réalise qu'il existe partout des procédures judiciaires égales, analogues et/ou équivalentes donnant au citoyen et à l'entreprise un accès égal à la Justice d'une façon aussi simple, rapide, efficace et abordable que possible. »

¹²⁰⁸ PAULINO PEREIRA (F.), « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne : bilan et perspectives », *RCDIP*, 2010, p.1

¹²⁰⁹ JEULAND (E.), « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n°145, p.15. En sens contraire, la modification de *l'exequatur*, dans le règlement Bruxelles I bis, ne s'est accompagnée d'aucune règle similaire. Deux raisons peuvent toutefois l'expliquer. D'une part, le contrôle n'est pas totalement supprimé, mais déplacé d'un contrôle *a priori* vers un contrôle *a posteriori*. D'autre part, cette nouveauté pourrait s'analyser comme le résultat de l'homogénéisation des systèmes procéduraux auparavant accomplie (en ce sens, voir CADIET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible en version PDF à l'adresse suivante :

http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf

¹²¹⁰ PAYAN (G.), *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Préface de J. Normand, Bruylant, 2012, n°214, p.413.

¹²¹¹ Voir, en ce sens, PAYAN (G.), « Programme de Stockholm et coopération judiciaire civile : des orientations du conseil européen au plan d'action de la commission européenne », *R.R.J.*, 2010, p.1809, spéc. p.1815.

matière procédurale semble être la voie choisie par les autorités au détriment de l'harmonisation des questions substantielles. Celle-ci repose plutôt, en droit international privé européen, sur la méthode conflictuelle¹²¹². Il y aurait donc bien corrélation entre les deux d'où la nécessité de recourir à l'établissement de règles procédurales matérielles communes, l'utilisation de la méthode conflictuelle, n'étant pas, nous l'avons vu, suffisante pour y parvenir¹²¹³. Ainsi, le rapprochement des législations n'est pas un objectif en soi, mais une mesure complémentaire parfois nécessaire pour parvenir à la reconnaissance mutuelle des décisions et donc à la libre circulation de celles-ci et, par suite, des personnes¹²¹⁴. Au-delà de la seule libre circulation des décisions de justice dans l'espace européen, c'est, par ailleurs, le bon fonctionnement du marché commun qui semble être remis en cause par l'absence de réalisation de l'espace judiciaire européen et les divergences procédurales¹²¹⁵.

B. Marché intérieur commun et règles procédurales

339. Divergences procédurales et concurrence : les « besoins économiques »¹²¹⁶. Bien que l'objectif d'espace judiciaire européen soit aujourd'hui autonome¹²¹⁷, les idées qui expliquent la nécessité d'une harmonisation des procédures civiles afin de le réaliser peuvent toujours être recherchées dans le volet économique de l'Union européenne et dans les relations privilégiées instaurées entre les États membres¹²¹⁸. Nombreux sont les auteurs qui

¹²¹² *Loc. cit.* En ce sens, Monsieur le Professeur Jeuland justifie cette position par la question de l'efficacité procédurale. JEULAND (E.), « Rationalisation et relation en droit judiciaire privé européen », in *Les frontières du droit privé européen* sous la direction d'E. POILLOT et I. RUEDA, Larcier, 2012, p.239, spéc. p.250 : « Il s'agit de permettre aux citoyens européens et aux entreprises européennes de pouvoir se déplacer sans être gênés par les barrières juridiques ou linguistiques. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que la procédure l'emporte sur les droits substantiels. Ce n'est pas tant un retour au droit romain qui privilégiait la procédure. Toutes les valeurs substantielles paraissent discutables et relatives. Ce qui ne l'est pas est l'efficacité procédurale, le déroulement dans le temps des opérations juridiques » ; et p. 252 : « Le droit judiciaire privé européen est certes centré sur le citoyen mais pas sur les rapports entre citoyens. Il tend à favoriser la mobilité, la circulation des décisions, l'exécution, mais pas les relations juridiques. »

¹²¹³ Cf. *supra*, Partie 1

¹²¹⁴ BOULARBAH (H.), « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.167, spéc. n°5, p.173 et s.

¹²¹⁵ VAN RHEE (C.H.), « Civil procedure : a European *Ius commune*? », *ERPL*, 2000, p.589, spéc. p.600 : « The result of the absence of harmonised rules of civil procedure in a European context is that in this area there continue to be obstacles to the smooth operation of the European internal market with its free movement of persons, goods, services and capital ».

¹²¹⁶ STORME (M.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.11

¹²¹⁷ Cf. *supra*, §1, C, 1.

¹²¹⁸ En ce sens, voir KERAMEUS (K.), « L'harmonisation procédurale dans le monde contemporain », in *La procédure entre tradition et modernité* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p.9 : « Évidemment, une telle approximation, voire même une unification, n'a de sens que dans la mesure où les systèmes juridiques concernés entrent en contact de façon importante. À cet égard, il est vain de rapprocher, et

notent le besoin de rapprochement des règles procédurales dans un objectif de saine concurrence au sein du marché commun¹²¹⁹, témoignant alors, pour reprendre la terminologie de Monsieur Storme, d'un « *besoin économique* ». Ainsi peut-on lire que l'établissement d'un droit judiciaire européen participant de l'espace judiciaire européen « *est une nécessité, car les disparités procédurales d'un pays à l'autre, susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, peuvent constituer une entrave sérieuse au bon fonctionnement du marché intérieur* »¹²²⁰ ou encore « *[qu']l ne peut y avoir d'intégration véritable ni de marché sans frontières intérieures s'il n'existe pas un minimum d'harmonie entre les systèmes procéduraux des États membres* »¹²²¹. Or, c'est aux créateurs de ce marché, Union européenne et États membres, d'en apporter les correctifs¹²²². L'Union européenne justifie d'ailleurs certaines de ses actions par ce besoin économique. Preuve en est le considérant 8 de la directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne¹²²³ : « *Les entreprises établies et actives dans différents États membres sont soumises à des règles procédurales divergentes qui ont une grande influence sur la mesure dans laquelle la responsabilité pour une infraction au droit de la concurrence peut leur être imputée. Cette mise en œuvre inégale du droit à réparation garanti par le droit de l'Union est susceptible non seulement de conférer un avantage concurrentiel à certaines entreprises qui ont enfreint l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, mais aussi de décourager, dans les États membres où le droit à réparation est mis en œuvre de manière plus effective, l'exercice du droit d'établissement et du droit de fournir des biens ou des services. Étant donné que les différences entre les régimes de*

moins encore d'unifier, des systèmes juridiques ou séries de règles distincts du fait de raisons géographiques, économiques ou politiques ».

¹²¹⁹ En sens contraire, voir VISSCHER (L.), « A law and economic view on harmonization of procedural law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.65, spéc. p.76

¹²²⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.) et AMRANI MEKKI (S.) (Dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011, n°3, p.XVIII. Dans le même sens, voir, par exemple, CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd. Mise à jour, 2013, n°66, p.282.

¹²²¹ NORMAND (J.), « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.337, spéc. p.339.

Dans le même sens, voir VAN RHEE (C.H.), « Harmonisation of civil procedure : an historical and comparative perspective », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.39, spéc. p.50 : « *Although the impact of differences in procedural law in this particular area may be limited, they nevertheless contribute to a fragmented market and not to the creation of the single internal market that is the objective of European cooperation* ».

¹²²² STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. p.79

¹²²³ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, JOUE L349 du 5 décembre 2014.

responsabilité applicables dans les États membres peuvent nuire à la fois à la concurrence et au bon fonctionnement du marché intérieur, il y a lieu de choisir une double base juridique pour la présente directive, à savoir les articles 103 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

Monsieur le Professeur Normand s'est plusieurs fois intéressé à la question¹²²⁴, et il ressort de ses écrits trois raisons entraînant une mise en jeu de la concurrence entre les opérateurs économiques du fait des divergences procédurales. L'auteur note, tout d'abord, un défaut de transparence des procédures rendant difficile l'accès à la justice¹²²⁵. Ensuite, le manque d'uniformité entre les différentes procédures civiles des États membres conduit à un coût inégal des procès et, partant, à un véritable défaut de concurrence équitable entre les acteurs économiques établis dans des États différents au regard « *des charges qui pèsent devant eux* »¹²²⁶. Enfin, la variété des systèmes procéduraux entre États membres aurait pour conséquence une inégale efficacité entre les différentes techniques procédurales. Or, pour l'auteur, « *pour que, sur le marché intérieur, la concurrence ne soit pas faussée, il est indispensable que les systèmes procéduraux des États membres mettent à la disposition des justiciables des instruments aux performances comparables. L'égalité entre les partenaires économiques postule que les arsenaux judiciaires soient, d'un pays à l'autre, également pourvus* »¹²²⁷.

340. Divergences procédurales et règles substantielles européennes : les « besoins juridiques »¹²²⁸. Par ailleurs, pour construire le marché commun, les autorités européennes édictent des règles substantielles. Or, certains auteurs ont pu montrer le fait que ces règles ne trouvent à s'appliquer de manière égalitaire qu'avec des règles procédurales uniformes

¹²²⁴ NORMAND (J.), « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.337 ; « Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998, p.265 ; « Un droit judiciaire privé européen ? », in *Le droit privé européen* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIERES, Économica, 1998, p.124

¹²²⁵ NORMAND (J.), « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.337, spéc. p.339 : « *Le Marché unique postule que toute entreprise, que toute personne concernée soit un jour à même, avec ses propres services ou avec l'aide de son conseil habituel, de connaître et de comprendre les exigences procédurales des instances dans lesquelles elle s'engage et d'y satisfaire en toute sécurité* ».

¹²²⁶ Ibid., p.340. L'auteur note, par ailleurs, qu'il existerait un double risque à savoir les charges judiciaires plus élevées, mais aussi le problème de la publicité par rapport aux procédures nationales qui y sont associées.

¹²²⁷ Loc. cit.

¹²²⁸ STORME (M.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 11.

dénonçant ainsi l'autonomie « *largement artificielle* » des deux branches de règles¹²²⁹. Le rapport sur les procédures civiles dans les pays de l'Union européenne établit à la demande de *Tokyo Marine and Fire Insurance Co*, et cité par Monsieur Storme dans certains de ces écrits, relève de la même façon que les divergences procédurales entre États membres constituent un frein à l'application efficace des directives communautaires¹²³⁰. Il en ressort un « *besoin juridique* ».

Cette hypothèse serait le cadre de l'unification dérivée par opposition à l'unification autonome¹²³¹. Si l'auteur de cette distinction note que l'unification dérivée est chose rare en matière de procédure internationale, il convient tout de même de ce que les deux formes coexistent dans l'espace judiciaire européen¹²³². L'exemple le plus marquant est tiré de l'arrêt *Francovich* de 1991¹²³³ qui crée une action en responsabilité contre l'État du fait de l'absence de transposition d'une directive ou d'une transposition défailante. Monsieur Storme observe alors qu'au-delà de divergences matérielles pouvant conduire à des résultats différents, les divergences procédurales peuvent créer une inégalité d'accès à la justice sur cette question, risquant par là même « *de vider cet arrêt de principe de sa portée* »¹²³⁴. Du point de vue de l'internationaliste, une illustration de ce besoin juridique peut être trouvée dans l'absence d'unification des règles relatives à l'office du juge dans le cadre des litiges comportant un élément d'extranéité et, notamment, la question de savoir si le juge doit ou non soulever d'office la règle de conflit de lois. Alors que les règlements européens unifient celles-ci, il apparaît possible, sous couvert de la procédure, qu'ils ne reçoivent pas une application uniforme conduisant à annihiler la vocation unificatrice du législateur¹²³⁵.

341. Divergences procédurales et mobilité européenne des plaideurs : les besoins individuels. En outre, il nous semble qu'un autre type de besoin se fasse ressentir. Il est lié

¹²²⁹ En ce sens, voir KERAMEUS (K.), « Some reflection on procedural harmonisation : reasons and scope », *Rev. dr. unif.*, 2003, n°1-2, p.443 ; et *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, B.

¹²³⁰ « *The fact that there are very marked differences in civil court procedures will continue to undermine the purpose of European Community directives both as to the speed at which they are implemented by member states and as to their enforcement* ». Cité, notamment, par STORME (M.), « A single civil procedure for Europe : a cathedral builder's dream », *Ritsumeikan Law Review*, 2005, p.87

¹²³¹ La distinction est de Monsieur le Professeur Kerameus : KERAMEUS (K.), « Procedural unification : the need and the limitations », in *International perspectives on Civil Justice – Essays in honour of Sir Jack I. H. Jacob Q.C.*, Sweet & Maxwell, 1990, p.47, spec. p.53 : « *A procedural unification that tries not to endanger otherwise substantive uniformity may be called derivative. By contrast, any procedural unification that is pursued regardless of substantive uniformity may be called as autonomous* ».

¹²³² *Ibid.*, p.54

¹²³³ CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, Aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Recueil 1991 page I-05357, Conclusions Jean Mischo

¹²³⁴ STORME (M.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 14.

¹²³⁵ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, B, 2.

aux plaideurs, particuliers ou professionnels. L'établissement d'une Union européenne et d'un marché commun induit, par les libertés fondamentales, une possible mobilité des justiciables, mais aussi des avocats. Or, en dehors de la libre circulation des décisions de justice, cette mobilité commande que les divergences procédurales soient amoindries, d'une part afin de conforter l'égal accès à la justice de tous les citoyens, et d'autre part afin de favoriser la liberté d'établissement des avocats.

La libre circulation des personnes implique une possibilité accrue de litiges transfrontières au sein de l'Union européenne. Or, l'espace judiciaire européen exige que soit assuré un accès à la justice. Cet accès à la justice doit être effectif et égal, et pour se faire, il semble nécessaire qu'il n'incombe pas au justiciable de difficultés procédurales. En effet, l'argument avancé à propos des besoins économiques sur le défaut de transparence des procédures s'applique tout autant ici. L'existence de divergences entre les règles de procédure des différents États membres constitue donc une entrave à un égal accès effectif à la justice.

Par ailleurs, les libertés fondamentales permettent aux avocats de s'établir dans leur État d'origine ou dans un autre État membre sous des conditions très assouplies¹²³⁶. Partant, cette liberté d'établissement serait évidemment plus aisée, voire « *porte en soi le germe d'un rapprochement nécessaire des systèmes de procédure civile dans l'Union européenne* »¹²³⁷. En effet, un avocat serait plus à même d'efficacement s'établir à l'étranger s'il maîtrise déjà, en partie, le droit procédural de son État d'accueil comme étant proche de celui de son État d'origine¹²³⁸. La liberté d'établissement de l'avocat serait ainsi facilitée dans la lignée de la directive de 1998.

¹²³⁶ Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, JOCE L77 du 14 mars 1998. Après inscription auprès de l'autorité compétente dans l'État d'accueil, l'avocat peut donner des consultations juridiques dans les deux États sous son seul titre professionnel acquis dans l'État d'origine. Après trois ans d'activité réelle dans l'État d'accueil, il est intégré complètement dans la profession d'avocat de cet État sans test. À défaut d'une activité effective relative au droit de l'État d'accueil ou au droit de l'Union, l'avocat sera soumis à un test d'aptitude relatif, notamment, au droit procédural de l'État d'accueil afin d'entériner son intégration.

¹²³⁷ STORME (M.), « L'unification de la procédure civile en Union européenne : une chance et un défi », in *Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, Lodz, 1998, p.397, spéc. p.407. Dans le même sens, voir KERAMEUS (K.), « Some reflection on procedural harmonisation : reasons and scope », *Rev. dr. unif.*, 2003, n°1-2, p.443.

¹²³⁸ Comme le note, par exemple, Monsieur le Professeur Kerameus (« L'harmonisation procédurale dans le monde contemporain », in *La procédure entre tradition et modernité* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p.9, spéc. pp. 12-13), un tel rapprochement des règles procédurales aurait même un intérêt dans les litiges de droit interne fondé sur les mêmes raisons de mobilité des avocats. En fait, en regardant plus attentivement, l'ensemble des besoins qui viennent d'être énoncés peut appeler à une harmonisation plus large de la procédure civile incluant les règles de procédure interne. La concurrence serait ainsi assainie entre les entreprises européennes – mais indépendamment de tout litige transnational – par l'harmonisation de la procédure. De même, l'idée selon laquelle il y aurait un besoin juridique pour ne pas vider de leur substance

342. Conclusion de la section. L'espace judiciaire européen défini comme l'aire géographique au sein de laquelle l'objectif est d'assurer, à tous les justiciables, l'égal accès aux tribunaux et dans le cadre de laquelle sont adoptés des outils permettant de faciliter de plus en plus la libre circulation des décisions de justice, permet de justifier le recours à des règles matérielles de procédure en priorité par rapport à la méthode conflictuelle. Le développement et l'accélération de la libre circulation des décisions ne nous semblent ainsi possibles qu'avec l'instauration d'une confiance mutuelle que le rapprochement des procédures nationales permet d'obtenir. Au-delà, l'espace judiciaire européen comme vecteur de bon fonctionnement du marché commun, malgré sa récente autonomie, fait ressortir des besoins économiques, juridiques et individuels en la matière. Les litiges transnationaux, dans le cadre de l'Union européenne, semblent donc réclamer un rapprochement des procédures civiles nationales. La question qui semble finalement se poser est de savoir s'il est opportun que l'Union européenne soit la source de ces règles.

certaines principes européens peut exister indépendamment de toute dimension internationale du litige. Toutefois, d'une part, ce n'est pas l'objet de notre étude. D'autre part, et surtout, le fondement que nous avons envisagé – à savoir l'article 81 TFUE – a trait aux seuls litiges transfrontières. Une action plus large serait donc, de ce point de vue, illégale. L'Union européenne ne dispose d'une compétence d'attribution pour créer des règles matérielles de procédure que dans le cadre des litiges comportant un élément d'extranéité. C'est notamment la raison pour laquelle, comme il a été évoqué précédemment, certains auteurs doutent de la légalité des dispositions procédurales contenues dans la directive 2014/104/CE. Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §1, B.

SECTION 2 : L'UNION EUROPEENNE COMME SOURCE LA PLUS OPPORTUNE DES REGLES

MATERIELLES DE PROCEDURE

343. Union européenne et règles matérielles de procédure. Il a donc été établi, aux termes de ce qui précède, que l'Union européenne peut légalement créer des règles matérielles de procédure dans les litiges transfrontières¹²³⁹, et que de telles règles étaient nécessaires¹²⁴⁰. Reste à établir s'il est légitime que l'Union européenne soit la source de ces règles. Cette démonstration permettra au surplus de conforter le fait que le principe de subsidiarité est bien respecté. Il s'agit donc de savoir s'il est opportun que l'Union européenne soit la source de ces règles. Or, il semble qu'une source régionale, non seulement présente un intérêt, mais soit également nécessaire.

344. Intérêt d'une source européenne. Le fait que des règles matérielles de procédure pour les litiges transfrontières soient nécessaires ne légitime pas directement le fait que l'Union européenne soit la source de ces règles. Les États ont également la possibilité d'édicter des règles d'une telle nature. Pour ne prendre qu'un exemple, l'article 643 du Code de procédure civile français augmente de deux mois les délais de procédures menées en France pour les parties résidant à l'étranger. C'est une règle matérielle de procédure dans les litiges transfrontières.

Mais, il est à la fois évident et indéniable que laisser aux États le soin d'édicter les règles matérielles nécessaires ne résoudrait en rien les problèmes soulevés. Les divergences continueraient d'exister. Ce n'est pas tant la nature matérielle des règles à édicter qui importe, mais le besoin de rapprochement de ces législations. Partant, seule une action directe de l'Union européenne permettrait de parvenir aux objectifs. Par ailleurs, les règles étatiques impliqueraient le recours préalable à la méthode conflictuelle.

345. Nécessité d'une source européenne. En effet, il semblerait que le fait d'envisager l'Union européenne comme source des règles matérielles de procédure soit l'un des seuls moyens pour que la méthode matérielle soit concurrente de la méthode conflictuelle. Envisager les règles matérielles internationales en tant que méthode¹²⁴¹ concurrente de la méthode conflictuelle implique d'envisager des règles matérielles qui s'appliqueraient au

¹²³⁹ Cf. *supra*, Chapitre 1

¹²⁴⁰ Cf. *supra*, Section 1

¹²⁴¹ Le terme même de méthode est discuté. Voir AUDIT (B.), « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *RCADI*, 1984, tome 186, spéc. p.255. Pour l'auteur, il s'agirait d'un « mode » de règlement des conflits et non d'une « méthode » à proprement parler dans le sens où elle n'implique pas la mise en œuvre de plusieurs étapes successives de raisonnement.

litige international sans passer par le truchement d'une règle de conflit de lois. À ce propos, la doctrine ne semble pas unanime. La définition posée par le *Vocabulaire Cornu* oppose « matériel » et « conflictuel »¹²⁴². Pour autant, certains auteurs rejettent l'idée d'une méthode concurrente au profit d'un mode de traitement du litige complémentaire. Messieurs les Professeurs Mayer et Heuzé soumettent systématiquement l'application d'une règle matérielle à sa désignation préalable par une règle de conflit, justifiant leur position par le principe de sécurité juridique qui doit gouverner le droit international privé. Ils formulent ainsi la règle de conflit spécifique qui pourrait intervenir en la matière : « *en toute matière où existe une règle française propre aux relations internationales, cette règle doit être appliquée par le juge français, à l'exclusion de toute règle étrangère* »¹²⁴³. Les auteurs ne sont toutefois pas toujours suivis dans leurs conclusions en raison de la complexité qu'elles font naître de façon artificielle¹²⁴⁴.

La majorité de la doctrine semble en fait s'accorder pour opérer une distinction entre deux types de règles matérielles. D'une part existeraient les règles substantielles édictées spécialement pour les litiges internationaux, mais soumises à la désignation préalable du droit qui les a édictées par une règle de conflit. D'autre part, les règles matérielles de droit international privé sont celles qui s'appliquent à tout litige indépendamment de toute règle de conflit et donc en concurrence avec celles-ci. En ce sens, Madame le Professeur Clavel distingue les règles matérielles internationales de la méthode des règles matérielles. Les premières se définissent comme « *un ensemble de règles substantielles, qui ont été spécifiquement définies en considération des situations juridiques internationales, et qui ne sont en principe destinées à s'appliquer qu'à ces dernières* »¹²⁴⁵. La seconde « *renvoie à une modalité spécifique de l'application de ces règles, dérogoratoire à la méthode conflictuelle* »¹²⁴⁶. Ainsi, ne relèvent d'une méthode concurrente de la méthode conflictuelle que les règles matérielles internationales indépendantes de toute règle de conflit.

La doctrine dominante semble donc admettre l'existence de règles matérielles internationales formant une méthode concurrente, car affranchie, des règles de conflit de

¹²⁴² V^o Matériel, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.646 : « *Se dit, par opposition à conflictuel, de la règle ou de la norme dans laquelle la situation internationale trouve directement sa réglementation* ».

¹²⁴³ MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, n°140, p.110

¹²⁴⁴ En ce sens, voir NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°259, pp. 197-198 ; LALIVE (P.), « Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général) », *RCADI*, 1977, tome 155, p.90 ; SIMON-DEPITRE (M.), « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP*, 1974, p.591.

¹²⁴⁵ CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012, n°191, p.106

¹²⁴⁶ *Loc. cit.*

lois¹²⁴⁷. Or, s'agissant plus particulièrement des règles matérielles internationales de source supranationales, elles prévoiraient elles-mêmes leurs conditions d'applicabilité, pouvant allier méthode conflictuelle et indépendance¹²⁴⁸. Lorsqu'il s'agit de droit conventionnel unifiant le droit interne des États parties (convention dite portant loi uniforme), la mise en œuvre préalable d'une règle de conflit de lois s'avèrerait nécessaire¹²⁴⁹. En effet, elles sont intégrées au droit interne de chaque État partie. Partant, il ne s'agirait donc plus de véritables règles de source internationale, mais de règles nationales soumises à désignation par une règle de conflit¹²⁵⁰. Toute la question porterait en fait sur l'intérêt d'une telle méthode. Les conventions dites unifiantes, portant sur les règles matérielles applicables uniquement aux litiges internationaux – ce que nous proposons ici – semblent quant à elles annihiler totalement la méthode conflictuelle en prévoyant, la plupart du temps, des règles d'applicabilité indépendantes des règles de conflit de lois, dans le texte même de la convention. En fait, Madame Espinassous conditionne la concurrence des règles matérielles d'origine conventionnelle à la suppression du conflit de lois formel¹²⁵¹ et du conflit de lois substantiel¹²⁵². L'auteur estime alors que le conflit de lois formel ne disparaît pas puisqu'en l'absence d'un ordre juridique conventionnel, il y a toujours plusieurs ordres juridiques, et donc plusieurs règles susceptibles de s'appliquer à une même question. À l'inverse, Messieurs les Professeurs Lagarde et Malaurie considèrent, du moins en théorie, que s'agissant d'une règle matérielle qui n'est pas étatique, tout conflit de lois formel devrait être annihilé¹²⁵³. En tout état de cause, même si l'on considère que le conflit de lois formel est maintenu, « *ce*

¹²⁴⁷ Pour certains auteurs, elles constitueraient même les seules véritables règles matérielles de droit international privé, les autres ne renvoyant qu'à des dispositions particulières de droit interne. En ce sens, voir BAUER (H.), « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *RCDIP*, 1966, p.537. Selon l'auteur, l'indépendance des règles matérielles par rapport à la méthode conflictuelle résiderait soit dans l'incapacité de cette dernière à régler les problèmes liés au droit international privé soit de son insuffisance, ce que nous avons tenté de démontrer en première partie, mais également *supra*, Section 1.

¹²⁴⁸ Sur cette catégorisation selon l'origine des règles, voir notamment BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°540 et s., p.634 et s. ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, n°98 et s., p.78 et s.

¹²⁴⁹ Sur la distinction, voir ESPINASSOUS (V.), *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, Préface de P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 526, 2010, spéc. n°8 et s., p.4 et s. et les nombreuses références citées par l'auteur.

¹²⁵⁰ MALAURIE (Ph.), « Loi uniforme et conflits de lois », *TCFDIP*, 1964-1966, p.83, spéc. p.92

¹²⁵¹ Le conflit de lois formel se définit, pour l'auteur, comme la « *coexistence de règles de droit, issues d'ordres juridiques étatiques différents, qui auraient tous vocation à voir leurs règles s'appliquer à un litige et entre lesquels il conviendrait de choisir.* » (ESPINASSOUS [V.], *op. cit.*, n°41, p.21)

¹²⁵² Il s'agit d'un « *conflit entre des droits étatiques de contenus différents* » (*Ibid.*, n°189, p.87)

¹²⁵³ LAGARDE (P.), « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP*, 1964, p.235, spéc. pp.238-239 ; MALAURIE (Ph.), « Loi uniforme et conflits de lois », *TCFDIP*, 1964-1966, p.83, spéc. p.92. Les deux auteurs relèvent toutefois les inéluctables divergences d'interprétation.

maintien ne serait que de peu d'intérêt si le conflit de lois substantiel était supprimé par le droit uniforme »¹²⁵⁴. À ce propos, Madame Espinassous retient une nouvelle fois le maintien du conflit de lois substantiel. Elle fonde son argumentaire principalement sur « *l'absence de mécanismes juridictionnels d'interprétation uniforme* »¹²⁵⁵ de ces règles matérielles d'origine conventionnelle, et, par suite, une absence totale d'harmonisation dans l'interprétation de la convention unifiante. La méthode conflictuelle semble alors réapparaître nécessairement à ce moment de l'application de la convention, en conformité avec l'arrêt *Hocke*¹²⁵⁶. Or, ce reproche ne peut clairement pas être fait aux règles d'origine européennes. Si tant est que l'on considère qu'il n'y a pas d'ordre juridique européen, et donc que le conflit de lois formel est maintenu, le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne permet justement d'harmoniser les interprétations, d'autant que ses interprétations s'imposent aux juridictions des États membres¹²⁵⁷. Partant, il nous semble que le conflit substantiel est totalement supprimé, et donc que la méthode conflictuelle est écartée au profit de la seule méthode matérielle. Par conséquent, cela justifie que l'Union européenne soit la source de règles matérielles dérogatoires à la méthode conflictuelle, le doute étant permis concernant les règles matérielles d'origine autre.

346. Étendue des règles matérielles européennes de procédure. Une autre question peut dès lors être posée. Il vient d'être établi qu'il était tout à fait légitime que l'Union européenne soit la source des règles matérielles de procédure que nous proposons d'adopter¹²⁵⁸. Mais il nous faut encore définir l'étendue de cette légitimité, et partant des règles qui seront adoptées. À ce propos, la légalité de l'action externe des instances européennes a été soutenue¹²⁵⁹. Néanmoins, rien n'a été dit jusqu'à présent sur l'intérêt que présenterait le recours à des règles aussi étendues.

¹²⁵⁴ ESPINASSOUS (V.), *op. cit.*, n°260, p.127

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p.164

¹²⁵⁶ Cass. Com. 4 mars 1963, *Bull. IV*, n°137 ; *JCP G* 1963, II, 13376, note P. Lescot ; *JDI*, 1964, p.806, obs. B. Goldman ; *RCDIP*, 1964, pp. 235 et 264, note P. Lagarde. Dans cet arrêt, était en cause la Convention de Genève de 1930 sur la lettre de change et le billet à ordre en son article posant une présomption de garantie envers le tireur en cas d'aval en blanc. Un litige franco-allemand éclata et, les deux États étant partis à la convention, aucun problème ne semblait, de prime abord, se soulever. Se posait cependant, devant le juge français, la question de la nature de la présomption. Les juges ont alors mis en œuvre la règle de conflit désignant le droit allemand applicable et ont interprété, par suite, la convention au regard du droit allemand.

¹²⁵⁷ Sur cette autorité absolue de chose jugée des décisions de la CJUE, voir, par exemple, GAUTIER (P.-Y.), « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.327, spéc. p.335 et s., et *infra* Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2

¹²⁵⁸ Sur ces règles, cf. *infra*, Titre 2

¹²⁵⁹ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, B.

Dans la mesure où l'Union est compétente, il nous semble que les règles matérielles de procédure devraient s'appliquer tant aux litiges intraeuropéens, qu'à ceux impliquant un État tiers. Deux raisons nous font aller en ce sens. La première est éminemment pratique. La création de ces règles générera, parce qu'elles sont limitées aux litiges transfrontières, un double système, l'un interne, l'autre européen. Dès lors, il nous semble peu opportun de créer un troisième niveau concernant les instances internationales¹²⁶⁰. La seconde raison, et la plus importante, repose sur l'objectif poursuivi par l'adoption de telles règles : l'édification d'un espace judiciaire européen, au sein duquel est, notamment, assurée la libre circulation des décisions. Or, un litige transfrontière mettant en cause un État tiers n'implique pas nécessairement que la décision n'ait pas besoin de circuler dans l'Union européenne. Il faudrait dès lors distinguer entre les litiges où aucun autre État membre ne sera, de façon certaine, concerné, et les litiges pour lesquels la décision sera susceptible d'avoir un impact dans d'autres États membres¹²⁶¹. La distinction, rejoignant le délicat problème de la définition du litige intraeuropéen, nous semble trop compliquée pour écarter l'adoption de règles ayant vocation à s'appliquer à tous les litiges internationaux alors même qu'elles seraient légales.

347. Conclusion de la section. L'Union européenne a, pour conclure, toute légitimité pour être source de règles matérielles de procédure. Au demeurant, les objectifs poursuivis semblent nécessairement impliquer qu'elle soit celle qui édite les règles matérielles de procédure dans les litiges internationaux de droit privé. Cette faculté étant légale, la légitimité s'étendrait selon nous, et pour des raisons de commodité, tant aux litiges intraeuropéens qu'aux litiges internationaux. L'Union européenne est donc, en d'autres termes, la source opportune de règles matérielles de procédure dans les litiges transfrontières.

¹²⁶⁰ Dans le même sens, mais à propos des règles conflictuelles, voir GEDIP, Dixième réunion, Rome, 15-17 septembre 2000, Compte-rendu des séances de travail disponible à l'adresse suivante : <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-10t.html> : « *Le groupe de travail émet une préférence pour des règles de conflit à caractère universel, pour éviter les problèmes de délimitation des situations visées, mais encore la complexité issue d'une dualité de règles de conflit de lois applicables dans une matière déterminée.* »

¹²⁶¹ Sur un tel critère « fonctionnel » fondé sur la libre circulation des jugements, voir BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome II – Partie Spéciale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°620-15, p.16

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

348. La légitimité de l'action de l'Union européenne à travers l'espace judiciaire européen. En premier lieu, l'action de l'Union européenne en matière de règles matérielles de procédure se trouve légitimée par l'objectif poursuivi. Il s'agit de créer un espace judiciaire européen, ordre processuel européen, permettant notamment la libre circulation des décisions. Or, il nous a notamment été permis d'exposer toute la corrélation existant entre la libre circulation des décisions, la reconnaissance mutuelle, la confiance mutuelle et l'édiction de règles matérielles de procédure. Par ailleurs, du point de vue du marché intérieur, et bien que l'espace judiciaire européen constitue aujourd'hui un objectif autonome de l'Union européenne, plusieurs besoins – économiques, juridiques et individuels – tendent à prouver la nécessité de la création de telles règles.

349. La légitimité de l'Union européenne comme source. À la question qui se posait alors de savoir s'il était légitime que l'Union européenne soit la source de ces règles, la réponse nous semble devoir être affirmative. En effet, il est apparu indéniable que l'organisation régionale était la source la plus opportune des règles qui font l'objet de cette étude sous peine de ne pas voir effacées les divergences combattues. Plus encore, seule une action d'une instance supranationale permettrait d'envisager l'usage de la méthode matérielle comme étant concurrente de la méthode conflictuelle. L'Union européenne est donc tout à fait légitime comme source de règles procédurales matérielles dans les litiges transfrontières, qu'ils soient intraeuropéens ou non.

CONCLUSION DU TITRE 1

350. Établissement de la vocation à agir. Déterminer si l'Union européenne a vocation à agir pour adopter des règles matérielles de procédure en droit international privé nous obligeait à vérifier à la fois la légalité d'une telle compétence et sa légitimité. Aux termes de nos développements, il nous paraît indéniable que ces deux conditions sont remplies et, partant, que la vocation de l'Union européenne pour mettre en œuvre la méthode des règles matérielles est établie.

En effet, d'une part, à l'issue d'une évolution, l'actuel article 81 §2 f) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fonde la légalité de celle-ci du point de vue des litiges internationaux. Les critiques adressées à son prédécesseur, notamment sur sa portée, nous semblent devoir être écartées permettant ainsi une certaine liberté aux instances européennes. Toutefois, il est nécessaire, pour la suite de notre étude, de rappeler que cette liberté n'est pas totale en raison du principe de proportionnalité. Les propositions qu'il nous est dorénavant possible de faire devront, par conséquent, être limitées à la stricte mesure du nécessaire et ne pas tendre à un rapprochement total des procédures transfrontières. De ce fait, la méthode des règles matérielles apparaît également insuffisante à elle seule, et devra être complétée avec la méthode conflictuelle.

D'autre part, une telle action est pleinement justifiée par la volonté louable d'édifier un espace judiciaire européen et le renforcement du marché intérieur. La définition du premier – l'aire géographique – s'étendant sur tous les États membres de l'Union européenne et, surtout, à ses citoyens ou domiciliés – au sein de laquelle l'objectif est d'assurer, à tous les justiciables, l'égal accès aux tribunaux et dans le cadre de laquelle sont adoptés des outils permettant de favoriser la libre circulation des décisions de justice – nous a notamment permis de soutenir qu'il était nécessaire de rapprocher du point de vue matériel les procédures civiles des États membres par une action européenne. Celle-ci peut et doit viser tous les litiges comportant un élément d'extranéité. L'action est, de ce fait, opportune et donc légitime.

TITRE 2 : LES RÈGLES DE L'UNION EUROPÉENNE POUR RÉGIR MATÉRIELLEMENT LA PROCÉDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

351. Cadre strict de l'étude. De tout ce qui précède, il ressort deux éléments importants. D'une part, la méthode des règles matérielles doit être utilisée en matière de procédure dans l'espace judiciaire européen, en plus de la méthode conflictuelle pour parvenir aux objectifs fixés, notamment celui de libre circulation des décisions. D'autre part, l'Union européenne a parfaitement vocation à agir en ce sens. Il convient dès lors de voir quelles règles matérielles seraient nécessaires afin de déterminer le domaine respectif de la méthode des règles matérielles et de la méthode conflictuelle, celle-ci reprenant ses droits pour tout ce qui n'aurait pas fait l'objet d'un rapprochement.

Dans cette entreprise, deux données doivent être gardées à l'esprit. La première est la limite fixée à l'action de l'Union européenne à travers, principalement, le principe de proportionnalité. Sans aller jusqu'à se limiter aux règles purement techniques comme le soutient Monsieur le Professeur Kerameus¹²⁶², il s'agira, surtout du point de vue prospectif, de ne proposer que des règles matérielles strictement nécessaires. Le second élément à ne pas oublier est la limite du cadre de notre étude : les contentieux transfrontières. Aussi, nous ne nous attarderons pas, sauf besoin particulier, sur les grands principes de procédure dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme, principalement sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹²⁶³. En effet, s'ils ne doivent pas être négligés dans la dynamique de

¹²⁶² KERAMEUS (K.), « La procédure civile nationale dans le cadre du droit communautaire », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.145, spéc. p.148 : pour l'auteur, une harmonisation n'est possible que pour les règles techniques, car les États sont « tributaires des contraintes imposées par l'organisation judiciaire » et du « fardeau doctrinal et idéologique ».

¹²⁶³ Convention adoptée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur en 1953. Ratifiée par la France en 1974, elle lie les 47 États membres du Conseil de l'Europe. Le traité de Lisbonne impose à l'Union européenne, disposant désormais de la personnalité juridique, d'adhérer à cette Convention. Cette adhésion nécessite toutefois l'accord de tous les membres du conseil européen et la ratification interne par chacun des États membres de l'Union européenne. Un premier projet d'accord a été négocié puis adopté le 5 avril 2013. Cependant, dans un communiqué du 18 décembre 2014 (180/14), la Cour de justice de l'Union européenne a estimé le projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention incompatible avec le droit de l'Union.

L'article 6 de la Convention prévoit le droit à un procès équitable : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société

rapprochement des procédures entre les États membres de l'Union européenne¹²⁶⁴ – tous parties à la Convention –, l'harmonisation alors opérée concerne la procédure dans son ensemble et non, particulièrement, la procédure transfrontière. Néanmoins, il nous semble que certaines règles et certains principes auraient, à défaut d'un tel instrument, peut-être mérité un rapprochement matériel dans le cadre de l'Union européenne et des litiges transfrontières. Il s'agit notamment des grands principes tels que le contradictoire, l'impartialité du juge, ou encore la motivation des décisions qui, dans une optique de libre circulation des décisions et de confiance mutuelle nous semblent tout à fait pertinents. Il s'agit également, par exemple, des difficultés liées aux délais de procédure. S'il ne s'agit pas d'une harmonisation technique et précise, l'exigence d'un délai raisonnable permet de limiter des divergences trop importantes et conséquentes. Devant le rapprochement déjà opéré, nous ne nous attarderons pas plus sur ces questions. Il ne nous apparaît, en effet, pas nécessaire de créer un nouveau niveau de règles ou de principes relatifs aux mêmes droits fondamentaux.

352. Droit positif et prospectif. Ces limites fixées, nous pouvons nous interroger sur les règles matérielles de procédure dans les contentieux transfrontières. Celles-ci connaissent déjà un écho au sein de l'Union européenne. Il conviendra donc, dans un premier temps, d'établir le droit positif en la matière (*Chapitre 1*). Ce n'est qu'une fois exposé ce qui existe déjà que nous pourrons nous tourner vers le droit prospectif, et envisager les règles matérielles qu'il reste à adopter (*Chapitre 2*). Des projets ont, à ce propos, déjà été menés. Dans un cadre géographique plus étendu, et qui sort donc globalement du champ de notre étude, les principes

démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 3. Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

¹²⁶⁴ En ce sens, voir CADIET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible en version PDF à l'adresse suivante :

http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf

Sur ce type de rapprochement, voir, par exemple, MECARELLI (G.), *L'hypothèse d'un droit commun du procès. Réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, Thèse Paris II, 2002, n^{os} 27 et s., pp. 17 et s.

Sur l'article 6§1 de la Convention et le droit international privé, voir particulièrement SINOPOLI (L.), *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux - Recherche sur le champ d'application de l'article 6§1er de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé*, Thèse Paris I, 2000.

ALI/UNIDROIT sont le fer de lance d'un rapprochement prospectif des législations procédurales¹²⁶⁵. Au sein de l'espace judiciaire européen, le projet Storme doit évidemment être cité¹²⁶⁶. Sans faire l'objet de nos développements, ces deux instruments pourront nourrir, ponctuellement, notre analyse.

Chapitre 1 : Le droit positif : les règles procédurales matérielles déjà adoptées

Chapitre 2 : Le droit prospectif : les règles procédurales matérielles à adopter

¹²⁶⁵ Sur ces principes, voir notamment FERRAND (F.), « Les principes ALI-Unidroit de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 2005, n°148, p.9 ; FERRAND (F.) et MOUSSA (T.), « Le projet de l'American Law Institute et d'UNIDROIT de Principes et Règles de procédure civile transnationale : vers une procédure civile mondiale modélisée ? », in *La procédure en tous ses états – Mélanges Jean Buffet*, Petites affiches, 2004, p.199 ; FOUCHARD (P.), « Une procédure civile transnationale : quelle fin et quels moyens ? », *Rev. dr. unif.*, 2001, p.779 ; STÜRNER (R.), « Règles transnationales de procédure civile ? Quelques remarques d'un Européen sur un nouveau projet commun de l'American Law Institute et d'Unidroit », *RIDC*, 2000, p.845 ; VRELLIS (S.), « Un juriste grec face au projet de procédure civile transnationale d'Ali/Unidroit », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.817 ; WALKER (J.), « The utility of the ALI/UNIDROIT project on principles and rules of transnational civil procedure », *Rev. dr. unif.*, 2001, p.803.

¹²⁶⁶ STORME (M.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994. Sur ce projet, voir par exemple, LINDBLOM (H.), « Harmony of the legal spheres – A Swedish view on the construction of a unified European procedural law », *ERPL*, 1997, p.11.

CHAPITRE 1

LE DROIT POSITIF : LES REGLES PROCEDURALES MATERIELLES DEJA ADOPTEES

353. Règles existantes et facteurs d'efficacité. L'idée de développer des règles de procédure uniformisées particulières aux conflits internationaux de droit privé n'est, nous l'avons dit, pas une nouveauté dans l'ordre juridique européen. Il ne s'agissait pas – et il ne s'agira toujours pas – d'uniformiser la procédure civile dans son ensemble. Toutefois, un certain nombre de questions procédurales sont d'ores et déjà harmonisées dans le cadre de l'Union européenne. Hormis des règles très ponctuelles et ciblées dans des instruments européens de droit substantiel que nous n'aborderons pas dans le cadre de cette étude¹²⁶⁷, des réglementations matérielles de procédure particulières aux litiges transfrontières font l'objet d'instruments dont c'est la vocation première ou peuvent être trouvées dans des instruments plus généraux de droit international privé¹²⁶⁸. Or, avant d'établir les règles qui nous semblent nécessaires pour la bonne tenue des litiges internationaux dans l'espace judiciaire européen, il nous apparaît incontournable de dresser un état des lieux du contenu des règles existantes (*Section 1*).

Connaître l'étendue exacte de ce que l'Union européenne a déjà construit – car tel est l'objet de ce chapitre – implique également de s'interroger sur les facteurs d'efficacité, ou d'inefficacité, du système actuellement en place (*Section 2*). Cette réflexion aura un double intérêt. D'une part, elle nous permettra de connaître la qualité des « fondations » sur lesquelles reposeront nos propositions, et l'intérêt du cadre dans lequel celles-ci s'inséreront. D'autre part, elle nous conduira, dans la suite de notre étude, à envisager, si cela s'avère nécessaire, d'éventuels compléments pour sécuriser les règles déjà existantes en plus des nouvelles règles à adopter.

¹²⁶⁷ L'existence de telles réglementations est notamment relevée par Madame le Professeur Niboyet (NIBOYET [M.-L.], « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.153) qui prend l'exemple de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JOCE L095 du 21 avril 1993). L'article 7 §2 impose, par exemple, l'ouverture d'une action contre les clauses abusives « rédigées en vue d'une utilisation généralisée ». L'incidence procédurale est évidente.

¹²⁶⁸ Dans ce dernier cas, il s'agira plutôt de réglementations procédurales relatives à des questions à la lisière de la procédure et de la compétence pour lesquelles le seul jeu de la qualification ne suffit pas à résoudre les difficultés. Cf. *supra*, Partie 1, Titre 2

SECTION 1 : LE CONTENU DES REGLES MATERIELLES PROCEDURALES DEJA ADOPTEES

354. Plan de l'exposé. Il ne s'agit pas, pour nous, de faire un exposé exhaustif des règles matérielles de procédure existantes dans leur aspect technique, ce qui constituerait un laborieux travail de recopiage des instruments européens. De la même façon, nous ne proposons pas d'établir la liste des jurisprudences européennes relatives à la procédure civile qui, de surcroît, ont parfois un objet interne. Seront ainsi principalement écartées en tant que telles les décisions qui, sans poser de règle matérielle, se contentent d'accepter ou de condamner une pratique procédurale nationale sans que puisse être déduite une règle procédurale harmonisée¹²⁶⁹. Celles-ci seront toutefois évidemment citées autant que de besoin. Nous nous attacherons donc à dégager l'architecture générale et les principales règles de procédure posées par les instruments législatifs européens tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne. Trois types d'instruments ayant, au moins à l'origine, vocation à s'appliquer aux litiges transfrontières, peuvent être dégagés : les instruments de coopération judiciaire posant peu de règles matérielles de procédure, et celles-ci sont souvent formelles (§1), les instruments posant des règles matérielles de procédure, mais sur un aspect particulier de cette dernière (§2), et plus récemment, se sont développés les instruments créant une procédure uniforme « complète » relative à des types de litiges particuliers (§3).

§1 : LES INSTRUMENTS DE COOPERATION JUDICIAIRE

355. Faciliter les échanges entre juridictions européennes. On entend par instruments de coopération judiciaire, des instruments – souvent les premiers adoptés – qui ont mis en place un système pour faciliter les échanges entre les juridictions connaissant de litiges comportant un élément d'extranéité. Deux règlements de cette nature nous semblent devoir être exposés : le règlement relatif à l'obtention des preuves à l'étranger (**A**), et celui qui a trait à la signification et à la notification des actes à l'étranger (**B**). Ces règlements ne mettent pas en place, nous le verrons, des règles matérielles de fond sur l'administration de la preuve ou la signification et la notification des actes à l'étranger, mais plutôt des règles matérielles de forme quant aux procédures à suivre dans cette coopération.

¹²⁶⁹ Voir, par exemple, les jurisprudences condamnant le *forum non conveniens* et l'*anti-suit injunction* dans le cadre de l'espace judiciaire européen, *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 1.

A. L'obtention des preuves à l'étranger

356. Méthode conflictuelle. La question de l'obtention des preuves, et plus particulièrement de l'obtention des preuves à l'étranger dans le cadre des litiges en matière civile ou commerciale, a fait l'objet d'un rapprochement européen par un règlement du 28 mai 2001¹²⁷⁰. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, il fait davantage appel à la méthode conflictuelle¹²⁷¹, mais quelques règles matérielles de procédure peuvent être trouvées. Il ne s'agira pas nécessairement de règles relatives directement à l'administration de la preuve, mais plutôt au processus de demande de telles mesures. Pour reprendre les phases mises en avant par Monsieur Foussard, les règles matérielles de procédure concernent plutôt ici les phases d'émission et de réception des demandes¹²⁷². Au contraire, les règles relatives à l'exécution de celles-ci sont, en grande partie, laissées à la méthode conflictuelle¹²⁷³. Ce règlement est l'exemple typique de la coopération judiciaire. Il répond aux besoins de faciliter les échanges entre juridictions lorsqu'une instance en cours rend nécessaire l'obtention de preuves dans un autre État membre. Il s'inscrit donc pleinement dans l'objectif d'édification de l'espace judiciaire européen.

357. Généralités. Dans tous les cas, la procédure est facilitée par l'utilisation de formulaires types prévus à chaque étape. Cela devrait permettre « *on l'espère, de réduire le nombre de demandes incomplètes ou imprécises et devrait ainsi contribuer à accélérer la gestion des demandes* »¹²⁷⁴. Le choix de la mesure est laissé à la juridiction requérante, de

¹²⁷⁰ Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOCE L174 du 27 juin 2001, p.1

¹²⁷¹ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, §1

¹²⁷² FOUSSARD (D.), « La loi étrangère dans le domaine de la procédure », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.347, spéc. p.368

¹²⁷³ Sur cette question, Monsieur le Professeur Hess regrette le risque lié à la multiplication des droits applicables conduisant un témoin européen à être potentiellement soumis à la totalité des lois procédurales des États membres. Pour éviter cette situation, et le profit que pourrait en tirer un plaideur, l'auteur estime nécessaire le rapprochement des règles de preuves dans leur aspect fondamental. (HESS [B.], « Nouvelles techniques de la coopération transfrontière en Europe », *RCDIP*, 2003, p.215).

Dans le même sens, Monsieur le Professeur Pataut considère une telle entreprise de rapprochement des moyens de preuve comme une condition *sine qua non* de la bonne administration de la justice dans le cadre des litiges européens : « *La seule façon de contourner la difficulté soulignée par la Cour serait alors de poursuivre le rapprochement des procédures nationales par l'unification des instruments de recherche de preuve à la disposition des parties* » et « *la fluidité et l'efficacité de la recherche de preuves préalables à tout procès, relevant de la bonne administration de la justice, devront, pour leur part, attendre l'approfondissement du rapprochement des droits judiciaires privés nationaux* » (PATAUT [E.], « La décision ordonnant l'audition d'un témoin est-elle une mesure provisoire ou conservatoire ? », *RCDIP*, 2005, p.742).

Sur cette question, voir *infra*, Chapitre 2, Section 2, §3, C.

¹²⁷⁴ LEBOS (M.), « Le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile

même que ses modalités. C'est l'apanage de la méthode conflictuelle. Les mesures doivent être conformes à certains principes procéduraux plus généraux, constituant des garanties. Ainsi, les droits de la défense et le principe du contradictoire doivent être respectés¹²⁷⁵, de même que la protection des données à caractère personnel¹²⁷⁶. Enfin, célérité, clarté¹²⁷⁷ et gratuité¹²⁷⁸ doivent rester les maîtres mots de la procédure d'obtention des preuves à l'étranger. Cependant, il a pu être relevé l'absence de sanction prévue en cas de manquement à ces principes soulevant des interrogations sur l'efficacité de ce cadre¹²⁷⁹.

Par ailleurs, le règlement de 2001 offre la possibilité au juge devant lequel le litige est pendant d'exécuter lui-même la mesure sur le territoire de l'État membre requis¹²⁸⁰. La doctrine s'accorde – à juste titre – pour voir dans cette règle – relative exceptionnellement à l'exécution de la demande – la grande innovation apportée par le droit européen¹²⁸¹. Ainsi, le juge d'un État membre souhaitant obtenir une preuve située à l'étranger aura, suivant le

ou commerciale », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.271, spéc. p.291

¹²⁷⁵ Sur le contradictoire dans la phase d'instruction, CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c/France*, AJDA 1999, p.173, note Marguénaud

¹²⁷⁶ Considérant 18 : « (18) Il importe que les données transmises en application du présent règlement bénéficient d'un régime de protection. Étant donné que la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (5) et la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (6) sont applicables, il n'est pas nécessaire de prévoir des dispositions spécifiques dans le présent règlement. »

¹²⁷⁷ Sur ces deux points, voir les Considérants 9 et 10 du règlement : « (9) La rapidité de la transmission des demandes visant à faire procéder à un acte d'instruction justifie l'utilisation de tout moyen approprié, tout en respectant certaines conditions quant à la lisibilité et à la fidélité du document reçu. Pour garantir un degré maximal de clarté et de sécurité juridique, les demandes visant à faire procéder à un acte d'instruction doivent être transmises au moyen d'un formulaire à remplir dans la langue de l'État membre de la juridiction requise ou dans une autre langue acceptée par cet État membre. Pour les mêmes raisons, il convient, dans la mesure du possible, d'utiliser des formulaires également pour les autres communications entre les juridictions concernées.

(10) Il est nécessaire qu'une demande visant à faire procéder à un acte d'instruction soit exécutée rapidement. Si elle ne peut pas être exécutée dans un délai de quatre-vingt-dix jours après sa réception par la juridiction requise, celle-ci est tenue d'en informer la juridiction requérante en précisant les raisons qui empêchent une exécution rapide de la demande. »

¹²⁷⁸ Voir Article 18 et CJUE, Affaire C-283/09, 17 février 2011, *Artur Weryński contre Mediatel 4B spółkaz o.o.*, Recueil 2011 page I-00601, Conclusions Juliane Kokott. Dans cet arrêt, la Cour relève que la juridiction requérante n'est pas tenue de verser une avance relative aux indemnités dues à un témoin en application de la loi irlandaise de l'État requis.

¹²⁷⁹ FARTUNOVA (M.), « Obtention des preuves en matière civile et commerciale », J-Cl Droit International, fasc. 590

¹²⁸⁰ « Section 4 – Exécution directe de l'acte d'instruction par la juridiction requérante

Article 17 – 1. Lorsqu'une juridiction souhaite procéder directement à un acte d'instruction dans un autre État membre, elle présente une demande à l'organisme central ou à l'autorité compétente de cet État, visés à l'article 3, paragraphe 3, au moyen du formulaire type I figurant en annexe. »

¹²⁸¹ En ce sens, voir notamment LEBEAU (D.) et NIBOYET (M.-L.), « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2003, n°51, p.6 ; NUYTS (A.), « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *RCDIP*, 2007, p.53, spéc. n°9.

règlement, deux possibilités : une commission rogatoire internationale¹²⁸² ou une exécution directe.

358. Règles matérielles d'émission et de réception des demandes de commission rogatoire internationale. Concernant la première branche de l'alternative, le règlement, largement inspiré de la Convention de La Haye du 18 mars 1970, constitue une avancée dans la coopération judiciaire en Europe en ce qu'il permet une transmission directe des demandes¹²⁸³. En effet, le détour par une autorité centrale dans chacun des deux États, pourtant traditionnel, n'est plus nécessaire¹²⁸⁴. La juridiction requérante adresse ainsi le formulaire adéquat – et uniformisé – à la juridiction requise territorialement compétente qu'elle a elle-même déterminée¹²⁸⁵, sans pour autant qu'une erreur ne soit sanctionnée. Ce formulaire reprend notamment toutes les informations nécessaires au traitement de la demande listées à l'article 4¹²⁸⁶. Le règlement ouvre également la possibilité à la juridiction requérante d'envoyer des représentants pour assister à l'exécution de la commission rogatoire.

¹²⁸² Si le règlement n'emploie pas l'expression de « commission rogatoire internationale », il ne semble toutefois pas falloir y voir autre chose. En ce sens, BODARD-HERMANT (A.), « Obtention des preuves à l'étranger », *RGDIP*, 2013, p.443, spéc. p.451.

¹²⁸³ « Article 2 – Communication directe entre les juridictions – 1. Les demandes visées à l'article 1er, paragraphe 1, point a), ci-après dénommées “demandes”, sont transmises directement par la juridiction devant laquelle la procédure est engagée ou devant laquelle il est envisagé de l'engager, ci-après dénommée “juridiction requérante”, à la juridiction compétente d'un autre État membre, ci-après dénommée “juridiction requise”, en vue de faire procéder à l'acte d'instruction demandé. »

¹²⁸⁴ Cette transformation est l'un des aspects de la transformation globale de la coopération dans le cadre de l'Union européenne, marquée par la privatisation. En ce sens, voir CADIET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible en version PDF à l'adresse suivante : http://www.mpi.lu/fileadmin/mp/medi/en/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf, spéc. p.12

¹²⁸⁵ Du point de vue de la compétence d'attribution, la circulaire de la Chancellerie en date du 1^{er} janvier 2004 prévoit la compétence du Tribunal de Grande Instance du lieu de la demande d'exécution. Sur cette question, voir NIBOYET (M.-L.), « 2005 : la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Droit & Patrimoine*, février 2006, n°145, p.110, spéc. p.119.

¹²⁸⁶ « Article 4 – 1. La demande est établie au moyen du formulaire type A ou, le cas échéant, du formulaire type I figurant en annexe. Elle contient les indications suivantes :

- a) la juridiction requérante et, le cas échéant, la juridiction requise ;
- b) les nom et adresse des parties et, le cas échéant, de leurs représentants ;
- c) la nature et l'objet de l'instance et un exposé sommaire des faits ;
- d) l'acte d'instruction demandé ;
- e) s'il s'agit d'une demande visant à l'audition d'une personne :
 - les nom et adresse des personnes à entendre,
 - les questions à poser aux personnes à entendre ou les faits sur lesquels elles doivent être entendues,
 - le cas échéant, la mention d'un droit de refus de témoigner prévu par la législation de l'État membre dont relève la juridiction requérante,
 - le cas échéant, la demande de déposition sous serment ou de déclaration sur l'honneur et, le cas échéant, l'indication de la forme spéciale à utiliser,
 - le cas échéant, toute autre information jugée nécessaire par la juridiction requérante ;
- f) s'il s'agit d'une demande relative à un autre acte d'instruction, les pièces ou autres objets à examiner le cas échéant ;
- g) le cas échéant, la demande visée à l'article 10, paragraphes 3 et 4, et aux articles 11 et 12 ainsi que les renseignements nécessaires à l'application de ces dispositions »

La demande est transmise par tout moyen approprié et fait l'objet, dans les sept jours, d'un accusé de réception prenant la forme d'un formulaire type. Elle doit être exécutée dans les 90 jours au terme desquels la juridiction requise transmet le formulaire de confirmation d'exécution, ainsi que les pièces reçues lors de celle-ci. Si le fond reste la prérogative des États, les formalités procédurales sont ainsi harmonisées, y compris à travers l'instauration de nouvelles formes de recherche de preuves.

359. Règles matérielles ponctuelles d'exécution. Autoriser l'exécution directe est l'une des rares règles matérielles d'exécution qu'il est possible de trouver dans le règlement. Elle y est strictement encadrée. Elle suppose l'accord de l'organisme central de l'État requis, obtenu par le même système de formulaires uniformisés¹²⁸⁷. Elle implique également, ce qui constitue une importante limite¹²⁸⁸, le volontariat des personnes détenant les preuves dans la mesure où aucune exécution forcée n'est possible¹²⁸⁹. Par suite, il a été relevé que les injonctions *in personam*¹²⁹⁰ étaient parfaitement compatibles avec ce système puisqu'elles n'imposent aucune contrainte¹²⁹¹.

360. Incidents d'exécutions. Le règlement ouvre la possibilité à la juridiction requise de refuser d'accéder à la demande du requérant. Mais il établit une liste exhaustive de ces cas de refus, qui là encore, constituent des règles matérielles de procédure relatives à la réception.

¹²⁸⁷ « Article 17 – [...] 4. Dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, l'organisme central ou l'autorité compétente de l'État membre requis indiquent à la juridiction requérante, au moyen du formulaire type J, s'il est déféré à cette demande et, le cas échéant, dans quelles conditions, conformément à la loi de l'État membre dont ils relèvent, l'acte doit être exécuté. »

Si elle n'a plus vocation à être intermédiaire, un organisme central est désigné par chacun des États membres – le Bureau de l'entraide civile et commerciale du Ministère de la Justice (Direction des affaires civiles et du Sceau) pour la France – et celui-ci conserve, au terme de l'article 3, trois missions. Il devra, par ailleurs, autoriser les exécutions directes (BERAUDO [J.-P.], « Commission rogatoire [Matière civile] », Rép. International Dalloz, 2005, n°26).

¹²⁸⁸ Sur l'importance de cette limite, voir LEBEAU (D.) et NIBOYET (M.-L.), « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2003, n°51, p.6

¹²⁸⁹ « Article 17 – [...] 2. L'exécution directe de l'acte d'instruction n'est possible que si elle peut avoir lieu sur une base volontaire, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des mesures coercitives. »

¹²⁹⁰ Ensemble des injonctions probatoires pouvant être délivrées par le juge statuant au fond et ordonnant à une partie de délivrer des éléments de preuve en sa possession, y compris ceux situés sur un territoire étranger.

¹²⁹¹ LE BERRE (Y.) et PATAUT (E.), « La recherche de preuves en France au soutien de procédures étrangères au fond », *RDAI*, 2004, p.53, spéc. p.60. Les auteurs relèvent toutefois qu'une telle injonction pourra être mise à mal par l'introduction d'une procédure en France ayant pour objectif de la contrer.

En ce sens, voir CJUE, Affaire C170/11, 6 septembre 2012, *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens et autres contre Hendrikus Cornelis Kortekaas et autres*, Conclusions N. Jääskinen, Point 27 de la décision : « En revanche, le règlement n°1206/2001 ne contient aucune disposition régissant ou excluant la possibilité, pour la juridiction d'un État membre, de citer une partie résidant dans un autre État membre de comparaître et de déposer un témoignage directement devant elle. »

L'article 14 en vise cinq¹²⁹² auxquels s'ajoute un cas particulier relatif à l'exécution directe dans l'article 17 § 5 c)¹²⁹³ (les *littera* a et b reprenant des cas de l'article 14). Ainsi, bien qu'il soit possible de régulariser la demande, celle-ci pourra être refusée si : le témoin dont l'audition a été demandée a invoqué son droit de se taire – ou une interdiction – existant dans l'État requis ou dans l'État requérant sous certaines conditions ; la demande sort du champ d'application du règlement ; la demande est incomplète et n'a pas été régularisée dans les temps ; la consignation demandée pour l'exécution de la commission rogatoire internationale n'a pas été versée dans le délai de soixante jours ; il existe une contrariété entre l'exécution directe souhaitée et les principes fondamentaux de l'État requis.

Le règlement se limitant à quelques aspects formels de la procédure de la recherche des preuves à l'étranger, les règles matérielles d'exécution reviennent par la suite aux États membres. Aussi, un tel refus, ou l'émergence de tout autre incident, entraîne le retour au droit national en application du principe selon lequel la procédure est soumise à la loi du for et de l'autonomie procédurale. Ce sera notamment le cas sur la question des recours puisqu'une telle problématique n'est pas abordée par le règlement. Madame le Professeur Niboyet note alors qu'en droit français, il semblerait s'agir – bien que, comme il a déjà été relevé, la

¹²⁹² « Article 14 – Cas de refus d'exécution

1. Une demande visant à l'audition d'une personne n'est pas exécutée si la personne invoque le droit de refuser de déposer ou une interdiction de déposer :

a) en vertu du droit de l'État membre dont relève la juridiction requise ou
b) en vertu du droit de l'État membre dont relève la juridiction requérante, lorsque cela a été indiqué dans la demande ou, le cas échéant, confirmé par la juridiction requérante à la demande de la juridiction requise.

2. Outre les motifs prévus au paragraphe 1, l'exécution d'une demande ne peut être refusée que si :

a) la demande sort du champ d'application du présent règlement défini à l'article 1er, ou
b) l'exécution de la demande, selon le droit de l'État membre dont relève la juridiction requise, n'entre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire, ou
c) la juridiction requérante n'a pas déféré à la requête de la juridiction requise de compléter sa demande conformément à l'article 8 dans les trente jours suivant la requête, ou
d) une consignation ou une avance demandée conformément à l'article 18, paragraphe 3, n'a pas été effectuée dans les soixante jours suivant la demande, par la juridiction requise, de consignation ou de versement d'avance.

3. L'exécution ne peut être refusée au seul motif que la juridiction requise oppose, en vertu du droit de l'État membre dont elle relève, la compétence exclusive d'une juridiction dudit État dans l'affaire en cause ou soutient que sa législation n'admet pas le droit d'action visée par la demande.

4. Si l'exécution de la demande est refusée pour l'un des motifs visés au paragraphe 2, la juridiction requise en informe la juridiction requérante, au moyen du formulaire type H figurant en annexe, dans les soixante jours suivant la réception de la demande par la juridiction requise. »

¹²⁹³ « 5. L'organisme central ou l'autorité compétente ne peuvent refuser l'exécution directe de la mesure d'instruction que si : [...] c) l'exécution directe demandée est contraire aux principes fondamentaux du droit de l'État membre dont ils relèvent ».

dénomination soit différente – de l'article 746 du Code de procédure civile¹²⁹⁴ relatif aux commissions rogatoires internationales¹²⁹⁵.

361. Règlement de 2001, règlement Bruxelles I et mesures *in futurum*. S'est posée la question de la coordination de ce règlement avec d'autres instruments européens soulevant des questions de procédure, et notamment le règlement Bruxelles I de 2000 dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum*. L'arrêt *St Paul Dairy*¹²⁹⁶ illustre ces difficultés. Un litige opposait deux sociétés belges. L'une d'elles souhaitant, comme moyen de preuve, auditionner un témoin aux Pays-Bas, elle saisit les juridictions hollandaises sur le fondement de l'article 24 de la Convention de Bruxelles de 1968 relatif aux mesures provisoires¹²⁹⁷ et l'article 186 du Code de procédure civile hollandais qui permet l'audition provisoire d'un témoin avant toute action au fond¹²⁹⁸. La Cour a alors déclaré les juridictions hollandaises incompétentes sur le fondement de la Convention de Bruxelles, car, selon elle, les auditions provisoires ne sont pas des mesures provisoires ou conservatoires au sens de la Convention¹²⁹⁹. Elle ajoute, et c'est sur ce point que l'arrêt nous intéresse, qu'une telle demande pourrait être une façon d'échapper aux règles du règlement de 2001¹³⁰⁰. Est-ce que cela signifie que le règlement de 2001 est exclusif c'est-à-dire qu'il faudrait obligatoirement passer par le règlement pour toute mesure d'instruction ? Une telle interprétation conduirait à la mise à mort des mesures d'instruction *in futurum*, car il serait nécessaire, pour mettre en œuvre le règlement de 2001, de préalablement commencer une instance au fond.

¹²⁹⁴ « La décision par laquelle le juge refuse d'exécuter une commission rogatoire, annule les actes constatant son exécution, rapporte les mesures qu'il a prises, ou refuse de les rapporter, doit être motivée.

Les parties et le ministère public peuvent interjeter appel de la décision.

Le délai d'appel est de quinze jours ; il n'est pas augmenté en raison des distances »

¹²⁹⁵ NIBOYET (M.-L.), « 2005 : la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Droit & Patrimoine*, février 2006, n°145, p.110, spéc. p.120

¹²⁹⁶ CJCE, 28 avril 2005, Affaire C104/03, *St. Paul Dairy Industries NV contre Unibel Exser BVBA*, Recueil 2005 page I-03481, Conclusions D. Ruiz-Jarabo Colomer

¹²⁹⁷ Devenu l'article 31 du règlement.

¹²⁹⁸ Cette action correspond, dans une version adaptée aux témoignages, aux mesures d'instruction *in futurum* françaises de l'article 145 du Code de procédure civile.

¹²⁹⁹ Dans le même sens, voir le Considérant 25 du règlement Bruxelles I bis.

¹³⁰⁰ « 23. Au surplus, une demande d'audition de témoin dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal pourrait être utilisée comme un moyen d'échapper aux règles régissant, sous les mêmes garanties et avec les mêmes effets pour tous les justiciables, la transmission et le traitement des demandes formulées par une juridiction d'un État membre et visant à faire procéder à un acte d'instruction dans un autre État membre [voir le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (JO L 174, p.1)]. »

Monsieur le Professeur Pataut voit dans cette jurisprudence une exclusion générale des mesures d’instruction *in futurum* sur le territoire européen, et s’en réjouit¹³⁰¹. Au-delà du problème de qualification – de telles mesures sont-elles des mesures provisoires ou conservatoires ? –, l’auteur voit dans cette exclusion générale, et dans l’exclusivité du règlement de 2001, une solution qu’il juge raisonnable. En effet, selon lui, elle permettrait d’enrayer les risques de *forum shopping* qui naissent des divergences de fond dans les questions de preuve, notamment à propos de ces mesures d’instruction d’un type particulier. La concentration de la recherche des éléments de preuve entre les mains des juges du fond serait alors une bonne solution dans l’attente d’un rapprochement plus fondamental.

À l’inverse, pour Monsieur Nuyts, la réponse ne peut être que négative¹³⁰². L’auteur note qu’il ne s’agirait que d’un problème de définition des mesures provisoires et conservatoires, mais pas d’une condamnation générale. L’existence d’un autre intérêt que celui d’apprécier l’opportunité des poursuites au fond, par exemple un risque de dépérissement des preuves, permettrait alors de justifier la soumission au règlement. Il relève également que la saisine d’une juridiction d’un État membre pour obtenir une telle mesure pourrait se fonder sur une autre disposition du règlement, par exemple sur l’article 2 attribuant compétence aux juridictions du domicile du défendeur. En définitive, Monsieur Nuyts estime que les mesures d’instruction *in futurum* ne sont pas définitivement écartées par le règlement, mais que la procédure instituée par celui-ci est seulement prioritaire.

La question du lien entre ces mesures et le règlement de 2001, indépendamment du règlement Bruxelles I, a récemment été posée à la Cour de justice¹³⁰³. Toutefois, si la question était générale¹³⁰⁴, la réponse que la Cour y a apportée ne ciblait que les règles procédurales en cause dans l’affaire – la citation à comparaître de témoins situés sur le territoire d’un autre État membre – et non la question des mesures *in futurum* en général. Ce point reste donc

¹³⁰¹ PATAUT (E.), « La décision ordonnant l’audition d’un témoin est-elle une mesure provisoire ou conservatoire ? », *RCDIP*, 2005, p.742

¹³⁰² NUYTS (A.), « Le règlement communautaire sur l’obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *RCDIP*, 2007, p.53

¹³⁰³ CJUE, Affaire C170/11, 6 septembre 2012, *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens et autres contre Hendrikus Cornelis Kortekaas et autres*, Conclusions M. N. Jääskinen

¹³⁰⁴ « Le [règlement n° 1206/2001] et, en particulier, son article 1^{er}, paragraphe 1, doit-il être interprété en ce sens que le juge qui souhaite entendre un témoin résidant dans un autre État membre doit toujours appliquer, dans le cadre de ce type de preuve, les méthodes mises en place par ledit règlement, ou bien le juge a-t-il le pouvoir d’utiliser les méthodes prévues dans son droit procédural national, comme par exemple citer le témoin à comparaître devant lui ? »

encore à éclaircir par le juge européen afin de parfaire cet instrument « *encore largement méconnu et, partant, peu utilisé* »¹³⁰⁵.

B. La signification et la notification des actes

362. Genèse du règlement. La première législation européenne en matière de signification et de notification des actes date de 2000¹³⁰⁶. Elle était le fruit d'une Convention du 26 mai 1997¹³⁰⁷, jamais entrée en vigueur, et d'une proposition de directive du 4 mai 1999¹³⁰⁸. Le sujet était jusqu'alors couvert par l'importante Convention de La Haye du 15 novembre 1965 à laquelle se substitue le règlement dans les relations intracommunautaires¹³⁰⁹. Il a, par la suite, fait l'objet d'un remplacement en 2007¹³¹⁰. Bien que peu utilisé en pratique¹³¹¹, ce dernier règlement constitue le droit positif européen depuis le 13 novembre 2008.

363. Règles principales. Le champ d'application matériel est traditionnel : la matière civile et commerciale, que les actes soient judiciaires – le règlement est alors obligatoire – ou extrajudiciaires – les dispositions sont alors facultatives¹³¹². Les règles édictées s'appliquent

¹³⁰⁵ PAYAN (G.), « Quel bilan pour le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 sur l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale ? », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OUUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.107, spéc. p.109

¹³⁰⁶ Règlement (CE) n°1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JOCE L160 du 30 juin 2000. Sur celui-ci, voir par exemple, VANHEUKELEN (C.), « Le règlement 1348/2000 – Analyse et évaluation par un praticien du droit », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.195

¹³⁰⁷ Acte du Conseil du 26 mai 1997 établissant la convention relative à la signification et à la notification dans les États membres de l'Union européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, JOCE C261 du 27 août 1997

¹³⁰⁸ Proposition modifiée de règlement du Conseil relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, COM/2000/0075 final — CNS 99/0102, JOCE C311 E du 31 octobre 2000

¹³⁰⁹ CORNETTE (F.), « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p.11

¹³¹⁰ Règlement (CE) n°1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), et abrogeant le règlement (CE) n°1348/2000 du Conseil, JOUE L324 du 10 décembre 2007.

¹³¹¹ En ce sens, voir notamment AMRANI-MEKKI (S.), « Internationalité de l'instance », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.141. En sens inverse, sur le bilan positif de l'instrument, voir MECARELLI (G.), « La signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe, dix ans après », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OUUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.95.

¹³¹² COUTURIER (J.), « Signification et notification des actes », *L'observateur de Bruxelles*, Octobre 2012, n°90, p.8, spéc. p.9. En effet, il ressort de l'article 4 que « *les actes judiciaires sont transmis directement* » alors que, en vertu de l'article 16, « *les actes extrajudiciaires peuvent être transmis [...] conformément aux dispositions du présent règlement* ».

dans tous les États membres y compris le Danemark¹³¹³, sauf si l'adresse du destinataire est inconnue¹³¹⁴. La méthode conflictuelle est, là encore, privilégiée, dans le cadre de ce règlement¹³¹⁵, notamment quant à la forme de la signification et à la détermination de la date d'effet. Toutefois, des règles matérielles sont prévues quant à la procédure de transmission entre autorités. Une nouvelle fois, ce sont surtout les formalités procédurales entre les acteurs qui font l'objet de règles matérielles harmonisées entre les États membres, et non les règles matérielles procédurales de fond.

Des entités, auxquelles sont assignées des missions précises, sont mises en place dans chaque État membre. Les entités d'origine sont compétentes pour transmettre les actes à l'étranger, les entités requises pour les recevoir. L'entité centrale a un rôle d'information et de résolution des difficultés. Si le règlement de 2007 n'a aucunement modifié ces dispositions, il « *va plus loin en prévoyant la communication directe de l'acte à une autorité étrangère qualifiée d'entité requise et en privilégiant la désignation en qualité d'entité requise non pas une entité centrale, mais une entité locale, de préférence elle-même compétente pour notifier l'acte* »¹³¹⁶. C'est la raison pour laquelle, et le changement est important, l'entité requise en France a été modifiée. Les huissiers de justice¹³¹⁷ ont ainsi supplanté la Chambre nationale des huissiers de justice¹³¹⁸ pour se rapprocher encore plus du justiciable. La longueur des modes traditionnels de transmission, longtemps pointée du doigt, s'en trouve d'autant plus amoindrie, remplissant pleinement l'objectif du règlement¹³¹⁹.

¹³¹³ Dans une lettre du 20 novembre 2007, le Royaume du Danemark a en effet notifié à la Commission son intention de se soumettre au règlement.

¹³¹⁴ « Article premier — Champ d'application »

1. Le présent règlement est applicable en matière civile et commerciale, lorsqu'un acte judiciaire ou extrajudiciaire doit être transmis d'un État membre à un autre pour y être signifié ou notifié. Il ne couvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives, ni la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (*"acta jure imperii"*).

2. Le présent règlement ne s'applique pas lorsque l'adresse du destinataire de l'acte n'est pas connue.

3. Aux fins du présent règlement, on entend par "État membre", les États membres, à l'exception du Danemark. »

¹³¹⁵ Pour des normes minimales de procédure relatives à ces questions – c'est-à-dire des règles matérielles procédurales de fond –, voir par exemple le titre exécutoire européen, *infra*, §2, B. La coexistence de ces deux types de règles pose des problèmes de cohérence sur lesquels voir *infra*, Section 2, §1, B.

¹³¹⁶ FLESCHE (A.), « La citation à comparaître des personnes se trouvant à l'étranger en matière civile et commerciale », *RGDIP*, 2013, p.431, spéc. p.433

¹³¹⁷ S'il semblait que devaient agir les huissiers de justice territorialement compétent (*loc. cit.*), l'arrêt de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 juin 2014 (*Bull. civ. II* n°129) pose un raisonnement différent. Ainsi, il est jugé que dans le cadre du règlement, « l'huissier de justice qui agit comme entité d'origine, pour transmettre un acte judiciaire ou extrajudiciaire à l'entité requise du pays membre destinataire, n'est soumis à aucune règle de compétence territoriale ».

¹³¹⁸ POISSON-DROCOURT (E.), « Notification et signification des actes (Matières civile et commerciale) », *Rép. Internat. Dalloz*, 2002, n°109

¹³¹⁹ FLESCHE (A.), *op. cit.*, p.431

Des règles matérielles de forme, relatives à la transmission des actes entre ces entités (émission et réception pour reprendre la terminologie employée pour l'obtention des preuves), sont posées par le règlement. L'entité d'origine transmet l'acte à signifier ou notifier « *dans les meilleurs délais* » par tout moyen permettant de conserver la fidélité du document. Cette demande s'accompagne d'un traditionnel formulaire type¹³²⁰. L'entité requise a un délai de sept jours pour accuser réception de la demande. Elle ne peut refuser de l'exécuter que dans trois cas : la demande est hors du champ du règlement, elle ne respecte pas les formes imposées¹³²¹, ou le mode de signification demandé par l'État d'origine en vertu de la méthode conflictuelle est incompatible avec la législation de l'État requis¹³²². L'impossibilité, tout comme la satisfaction de la demande dans le délai d'un mois, donne lieu à une attestation renvoyée par l'entité requise à l'entité d'origine sous la forme d'un formulaire type. Un tel document a également été créé en 2007 pour informer le destinataire de sa possibilité de refuser l'acte s'il n'est pas rédigé dans une langue adéquate¹³²³. Toute la procédure est marquée par le principe de confidentialité et de gratuité¹³²⁴. Ce dernier point s'applique surtout aux services des administrations. Les frais tels que les frais d'huissier restent à la

¹³²⁰ « Article 4 – Transmission des actes »

1. Les actes judiciaires sont transmis directement et dans les meilleurs délais entre les entités désignées en vertu de l'article 2.

2. La transmission des actes, demandes, confirmations, accusés de réception, attestations et de toute autre pièce entre les entités d'origine et les entités requises peut être effectuée par tout moyen approprié, sous réserve que le contenu de l'acte reçu soit fidèle et conforme à celui de l'acte expédié et que toutes les mentions qu'il comporte soient aisément lisibles.

3. L'acte à transmettre est accompagné d'une demande établie au moyen du formulaire type figurant à l'annexe I. Ce formulaire est complété dans la langue officielle de l'État membre requis ou, s'il existe plusieurs langues officielles dans cet État membre, dans la langue officielle ou l'une des langues officielles du lieu où il doit être procédé à la signification ou à la notification, ou dans toute autre langue dont l'État membre requis aura indiqué qu'il peut l'accepter. Chaque État membre indique la ou les langues officielles des institutions de l'Union européenne, autres que la sienne ou les siennes, dans laquelle ou lesquelles il accepte que le formulaire soit complété.

4. Les actes ainsi que toutes les pièces transmises sont dispensés de légalisation et de toute formalité équivalente.

5. Lorsque l'entité d'origine souhaite que lui soit retourné un exemplaire de l'acte avec l'attestation visée à l'article 10, elle adresse l'acte à signifier ou à notifier en double exemplaire. »

¹³²¹ « Article 6 – Réception de l'acte par l'entité requise [...] »

3. Si la demande de signification ou de notification ne rentre manifestement pas dans le champ d'application du présent règlement ou si le non-respect des conditions de forme imposées rend impossible la signification ou la notification, la demande et les actes transmis sont retournés, dès leur réception, à l'entité d'origine, accompagnés de l'avis de retour dont le formulaire type figure à l'annexe I. »

¹³²² « Article 7 – Signification ou notification des actes »

1. L'entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l'acte soit conformément à la législation de l'État membre requis, soit selon le mode particulier demandé par l'entité d'origine, sauf si ce mode est incompatible avec la loi de cet État membre. »

¹³²³ COUTURIER (J.), « Signification et notification des actes », L'observateur de Bruxelles, Octobre 2012, n°90, p.8

¹³²⁴ POISSON-DROCOURT (E.), « Notification et signification des actes (Matières civile et commerciale) », Rép. Internat. Dalloz, 2002

charge du requérant. Parmi les nouveautés de 2007, l'article 11 prévoit désormais que « *Les frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel ou d'une personne compétente selon la loi de l'État membre requis correspondent à un droit forfaitaire unique dont le montant est fixé à l'avance par cet État membre et qui respecte les principes de proportionnalité et de non-discrimination* ».

Le règlement prévoit trois autres types de signification et de notification. La voie consulaire ou diplomatique – longue, mais traditionnelle – est conservée en cas de circonstances exceptionnelles. De même, la signification, sans contrainte, par un agent consulaire ou diplomatique est autorisée. Surtout, et le règlement innove sur ce point, la voie postale d'effet immédiat, est ouverte¹³²⁵. L'article 14 précise depuis 2007 que cette notification se fait par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout autre moyen assimilé. Il s'agit ici d'une règle matérielle procédurale de fond, c'est-à-dire d'exécution. Une circulaire française du 1^{er} février 2006 prévoyait que seuls les greffes peuvent notifier par voie postale¹³²⁶. Toutefois, Monsieur Flesch notait déjà que cette circulaire n'est pas toujours respectée par les praticiens¹³²⁷. Il est ainsi aisé de trouver des décisions jurisprudentielles où la juridiction accepte que l'acte ait été notifié par l'huissier par voie postale si l'instrument international applicable le prévoit, ce qui est le cas dans le règlement¹³²⁸. Dans ce sens, le rapport de la Commission européenne sur l'application du règlement¹³²⁹ préconisait, malgré l'ambiguïté de l'article 14, que le recours aux services postaux soit accessible à tous. Aussi, dans un arrêt de la Deuxième chambre civile en date du 8 janvier 2015¹³³⁰, la Cour de cassation a expressément estimé que « *les huissiers de justice peuvent procéder à la notification des actes judiciaires ou extrajudiciaires aux personnes résidant dans un État membre de l'Union européenne autre que l'État d'origine directement par l'intermédiaire des services postaux, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ».

¹³²⁵ HESS (B.), « Nouvelles techniques de la coopération transfrontière en Europe », *RCDIP*, 2003, p.215

¹³²⁶ Version consolidée de la circulaire CIV/20/05 du 1^{er} février 2006 (NOR : JUS C O5 20 961 C) modifiée par la circulaire CIV/11/08 du 10 novembre 2008 (NOR : JUS C O8 23 97 C) prise à la suite de l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n°1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007, p.11 : « *En France, seuls les greffes des juridictions peuvent recourir à la notification par la voie postale, dans le cadre de notification en la forme ordinaire prévue par les articles 665 à 670-2 du nouveau code de procédure civile. Les huissiers de justice, qui ne bénéficient pas de dispositions équivalentes, ne peuvent recourir qu'aux autres modes de notification internationale.* »

¹³²⁷ FLESCHE (A.), « La citation à comparaître des personnes se trouvant à l'étranger en matière civile et commerciale », *RGDIP*, 2013, p.431, spéc. pp. 433-434

¹³²⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 16 décembre 1992, *Bull. civ. I* n°311 (en relation avec la Convention de La Haye) ; CA Toulouse, 9 février 2000 *jurisdata* 2000-175795 ; Cass. Com., 11 février 2004, *Bull. civ. IV* n°24.

¹³²⁹ COM [2013] 858 final du 4 décembre 2013

¹³³⁰ Cass. 2^{ème} civ., 8 janvier 2015, pourvoi n°13-26.224.

On le voit donc, ces instruments de coopération posent des règles matérielles de procédure, mais celles-ci restent quasiment limitées aux règles de forme, au bénéfice de la méthode conflictuelle s'agissant des règles de fond. Il ne s'agit ici, principalement, que de poser des règles matérielles de procédure relatives aux formalités à mettre en œuvre pour obtenir une preuve dans un État étranger dans un cas, ou signifier et notifier un acte à l'étranger dans l'autre. C'est finalement le stade le moins abouti de la création de règles matérielles harmonisées, et cela nous invitera à nous interroger sur une éventuelle harmonisation plus fondamentale de ces questions¹³³¹. Une autre étape est franchie avec l'instauration de règles matérielles de procédure de fond relatives à l'un de ses aspects.

§2 : LES INSTRUMENTS RELATIFS A UN ASPECT DE LA PROCEDURE

364. Multiples aspects de la procédure. L'aide juridictionnelle fait également l'objet d'une certaine harmonisation¹³³². Toutefois, cette question ne nous semble pas être une question procédurale au sens où nous l'avons définie pour cette étude¹³³³. En effet, si l'accès à la Justice dans les litiges transfrontières, et partant, l'espace judiciaire européen sont clairement au cœur de cet instrument, il ne s'agit pas de règles permettant de déclencher ou de faire avancer le procès. La directive pose des règles harmonisées relatives aux conditions et aux formalités d'octroi de cette aide, mais aucune n'intéresse directement la tenue du procès au principal. Il s'agit en fait de questions antérieures à la saisine de tout juge et elles ne la conditionnent pas, tout du moins du point de vue légal. Aussi, nous ne développerons pas les règles posées par la directive¹³³⁴.

¹³³¹ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2

¹³³² Directive 2003/8/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, JOCE L26 du 31 janvier 2003 complétée par les décisions 2004/884/CE de la Commission, du 9 novembre 2004, établissant un formulaire standard pour les demandes d'aide judiciaire en application de la directive 2003/8/CE visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, JOCE L365 du 10 décembre 2004, et 2005/630/CE de la Commission, du 26 août 2005, établissant un formulaire pour la transmission des demandes d'aide judiciaire en application de la directive 2003/8/CE du Conseil, JOCE L225 du 31 août 2005. Elles ont été transposées en France par la Loi n°2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, JORF n°156 du 6 juillet 2005, page 11136, texte n°1 et le Décret n°2005-1470 du 29 novembre 2005 relatif à l'aide juridictionnelle accordée dans les litiges transfrontaliers en matière civile ou commerciale et modifiant le décret n°91-1266 du 19 décembre 1991, JORF n°278 du 30 novembre 2005, page 18497, texte n°22.

¹³³³ Il est même possible de remarquer qu'aucune entrée « aide juridictionnelle » n'est présente dans l'index du manuel de Messieurs les Professeurs Héron et Le Bars (HERON [J.] et LE BARS [T.], *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012).

¹³³⁴ Pour des développements sur cette question, voir, par exemple, PAULINO PEREIRA (F.), « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne : bilan et perspectives », *RCDIP*, 2010, p.1, spéc. p.22 ; GOTTWALD (P.), « The European Law of Civil Procedure », *Ritsumeikan Law Review*, 2005, p.37, spec. p.57 ; STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University

Néanmoins, en dehors des instruments de coopération judiciaire, d'autres législations européennes posent des règles matérielles de procédure touchant un aspect particulier de celle-ci. Dans ces instruments, il est possible de trouver de véritables règles matérielles procédurales de fond que nous ne retrouvons pas, ou très peu, dans les instruments de coopération. Ces règles sont parfois incluses dans des instruments dont c'est l'objet. C'est le cas du titre exécutoire européen (**A**), de la médiation (**B**), et dans une certaine mesure, de l'action collective (**C**). Dans d'autres cas, elles seront incluses dans des instruments plus généraux de droit international privé. Plus précisément, elles concernent les difficultés liées à la distinction entre la procédure et la compétence¹³³⁵ et seront insérées, à ce titre, dans les règlements unifiant les règles de conflits de juridictions. Elles permettront alors d'harmoniser l'office du juge quant à son incompétence (**D**) et de prévenir ou guérir les conflits de procédures (**E**).

A. Le titre exécutoire européen pour les créances incontestées

365. Généralités. Dans le cadre du règlement du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées¹³³⁶, entré en vigueur le 21 janvier 2005 et applicable à compter du 21 octobre de la même année, une décision a déjà été rendue indépendamment de l'instrument européen. Cette décision devant être exécutée dans un autre État membre, le créancier demande la certification comme titre exécutoire européen. Cette procédure permet d'éviter *l'exequatur*¹³³⁷. Un titre certifié sera directement exécutoire dans tous les États membres de l'Union, à l'image de la reconnaissance de plein droit, laquelle devient pour ainsi dire irréfutable alors que le règlement Bruxelles I ne posait qu'une présomption simple de régularité¹³³⁸. L'objectif est clair : faciliter encore plus la libre

Press, 2008, spéc. pp.169 et s. ; NOURISSAT (C.), « Directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale », *Procédures*, Août 2003, chron. 11 ; JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.112 ; LEROY (E.), « L'aide juridique et judiciaire en droit européen », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.295 ; CADIET (L.), « Directive n°2003/8/CE du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontières », in CADIET (L.), JEULAND (E.) et AMRANI MEKKI (S.) (Dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011, p.299.

¹³³⁵ Sur ces questions, voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. Les difficultés liées à la distinction entre procédure et fond dans les règlements unifiant les règles de conflits de lois sont principalement réglées par la méthode conflictuelle.

¹³³⁶ Règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JOCE L143 du 30 avril 2004

¹³³⁷ Toutefois, rien n'empêche de demander *l'exequatur* dans le cadre du règlement Bruxelles I. Voir HUET (A.), « Titre exécutoire européen », *Rép. Internat.* Dalloz, 2006, n°3

¹³³⁸ PEROZ (H.), « Titre exécutoire européen », *J.-Cl. Droit International*, fasc. 650, spéc. n°34

circulation des décisions, posée comme objectif de l'espace judiciaire européen¹³³⁹, et partant, « *faciliter le recouvrement des impayés* »¹³⁴⁰. Si le titre exécutoire est à la marge de notre étude en ce qu'il concerne l'exécution, et non directement la procédure, force est de constater que le règlement prévoit des règles matérielles de procédure qui nous intéressent immédiatement. En effet, pour parvenir à son objectif, le règlement prévoit une procédure harmonisée de certification, sécurisée par l'adoption de règles matérielles de procédure, sous la forme de normes minimales, au détriment de la méthode conflictuelle¹³⁴¹.

366. Procédure de certification. La première forme de règles matérielles de procédure dans le cadre de ce règlement vient dans l'harmonisation de la procédure de certification. Les décisions pouvant faire l'objet d'une certification sont celles rendues sous l'empire de Bruxelles I¹³⁴². Le règlement de 2004 ne s'applique toutefois pas qu'aux décisions telles que définies par l'article 4¹³⁴³, mais également aux transactions judiciaires ou aux actes authentiques. Seule la procédure relative aux premières sera développée ici.

Par ailleurs, concernant les conditions de la certification, celle-ci ne peut porter que sur les créances de somme d'argent déterminées et exigibles¹³⁴⁴. Elles doivent également être incontestées. L'article 3 énonce trois cas suivant lesquels la créance devra être considérée comme incontestée. Ainsi, « *Une créance est réputée incontestée : a) si le débiteur l'a expressément reconnue en l'acceptant ou en recourant à une transaction qui a été approuvée par une juridiction ou conclue devant une juridiction au cours d'une procédure judiciaire ; ou b) si le débiteur ne s'y est jamais opposé, conformément aux règles de procédure de l'État membre d'origine, au cours de la procédure judiciaire ; ou c) si le débiteur n'a pas comparu ou ne s'est pas fait représenter lors d'une audience relative à cette créance après l'avoir initialement contestée au cours de la procédure judiciaire, pour autant que sa conduite soit assimilable à une reconnaissance tacite de la créance ou des faits invoqués par le créancier en vertu du droit de l'État membre d'origine* ». La décision la constatant doit être exécutoire.

¹³³⁹ Sur cet objectif, cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2, A

¹³⁴⁰ HUET (A.), « Titre exécutoire européen », Rép. Internat. Dalloz, 2006, n°12

¹³⁴¹ JEULAND (E.), « Le titre exécutoire européen : un jalon perfectible », *Gaz. Pal.*, 18 novembre 2003, n°322, p.10

¹³⁴² HUET (A.), « Titre exécutoire européen », Rép. Internat. Dalloz, 2006, n°4. Il doit toutefois être noté que seule une non-conformité aux règles de compétences exclusives ou en matière d'assurance empêche, aux termes de l'article 6 §1 b), la certification.

¹³⁴³ « 1. “*décision*” : toute décision rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès »

¹³⁴⁴ « Article 4 – [...] 2. “*créance*” : un droit à une somme d'argent déterminée qui est devenue exigible ou dont la date d'échéance a été indiquée dans la décision, la transaction judiciaire ou l'acte authentique »

La procédure même de certification, dans son aspect formel, est harmonisée. La demande de certification est adressée à la juridiction d'origine, c'est-à-dire celle ayant rendu la décision dont on demande la certification. Sans précision sur ce à quoi correspondait le vocable de « juridiction », beaucoup d'États membres, à l'image de la France, ont confié cette mission aux greffiers en chef, par voie de requête¹³⁴⁵. Après avoir vérifié que les conditions requises étaient remplies, le certificat, partiel ou total, est délivré via un traditionnel formulaire type. Il peut être, dans certains cas énumérés, modifié ou retiré, mais les recours contre la certification restent très limités¹³⁴⁶. Le cas de refus est plus flou. Si aucun recours n'est prévu par le règlement, certains auteurs envisagent à ce propos un renvoi au droit national¹³⁴⁷.

367. Normes minimales de procédure. La seconde forme de règles matérielles de procédure harmonisées qu'il est possible de trouver dans ce règlement concerne la procédure initiale ayant donné lieu à la décision faisant l'objet de la demande de certification. En effet, les conditions relatives à la créance ne sont pas suffisantes pour obtenir le certificat. Et pour cause, s'agissant d'ouvrir une décision à la libre circulation sans aucune procédure supplémentaire dans l'État d'exécution, il convenait, comme nous l'avons déjà démontré¹³⁴⁸, d'établir des normes minimales communes de procédure. Celles-ci forment des règles matérielles de procédure internationale. Ainsi, les articles 12 à 19 du règlement énoncent une série de conditions procédurales que la décision déferée doit satisfaire afin d'obtenir la certification. Celles-ci poursuivent trois objectifs : « *Informé le défendeur sur le fait qu'une procédure judiciaire est en cours [...], informer le défendeur sur les formalités procédurales à accomplir pour contester la créance [...], informer le défendeur sur les conséquences de l'absence d'objection ou de la non-comparution* »¹³⁴⁹. Pour y parvenir, les articles 13 et 14¹³⁵⁰

¹³⁴⁵ NIBOYET (M.-L.), « 2005 : la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Droit & Patrimoine*, février 2006, n°145, p.110

¹³⁴⁶ Et aucun recours n'est possible dans l'État d'exécution de la décision certifiée.

¹³⁴⁷ PEROZ (H.), « Titre exécutoire européen », J.-Cl. Droit International, fasc. 650, n°89 et s.

¹³⁴⁸ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2, A. Monsieur le Professeur Jeuland justifie également l'établissement de ces normes par l'absence inéluctable de toute garantie accordée par le jeu de l'ordre public existant dans l'*exequatur* dans la mesure où aucune juridiction ne déclarera contraire à l'ordre public sa propre décision (JEULAND [E.], « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n°145, p.15 : « *Pour compenser cette disparition et donner des garanties de qualité aux jugements qui sont amenés à circuler en Europe, un corps de règles de procédure minimales, autrement dit des règles matérielles de procédure, a été posé* »).

¹³⁴⁹ VANDEKERCKOVE (K.), « Créances incontestées, injonction de payer et demandes de faible importance : procédures européennes », *L'observateur de Bruxelles*, Juin 2006, n°65, p.6, spéc. p.8

¹³⁵⁰ « Article 13 – Signification ou notification assortie de la preuve de sa réception par le débiteur

1. L'acte introductif d'instance ou un acte équivalent peut avoir été signifié ou notifié au débiteur par l'un des modes suivants : a) signification ou notification à personne, le débiteur ayant signé un accusé de

définissent une liste précise des modes acceptés, avec ou sans preuve, pour la signification ou la notification de l'acte introductif de l'instance ayant donné lieu à la décision faisant l'objet de la demande. Il est d'ailleurs notable d'y retrouver la voie postale. Cet acte doit, par ailleurs, contenir certaines mentions obligatoires, véritables gardiennes de l'information des parties. Le tout forme un embryon d'acte introductif d'instance européen¹³⁵¹. La liste de ces mentions, établie par les articles 16 et 17, est relativement classique : nom et adresse des parties, cause de la demande, montant de la créance, taux d'intérêt et période des intérêts (s'il y a des intérêts), la procédure pour contester la décision et les conséquences d'une absence de contestation ou de la non comparution. La non-conformité de la procédure initiale à ces règles n'est toutefois pas automatiquement synonyme d'absence de certification. En effet, l'article 18 prévoit expressément que la certification reste possible si les conditions énoncées par la suite sont cumulativement remplies : la décision (et non l'acte introductif d'instance) a été signifiée ou notifiée selon l'un des modes prévus auparavant ; le débiteur a eu la possibilité de faire un recours contre cette décision et a été informé des conditions procédurales de ce recours ; et le débiteur n'a pas formé de recours conformément aux règles

réception portant la date de réception ; b) signification ou notification à personne au moyen d'un document signé par la personne compétente qui a procédé à la signification ou à la notification, spécifiant que le débiteur a reçu l'acte ou qu'il a refusé de le recevoir sans aucun motif légitime, ainsi que la date à laquelle l'acte a été signifié ou notifié ; c) signification ou notification par voie postale, le débiteur ayant signé et renvoyé un accusé de réception portant la date de réception ; d) signification ou notification par des moyens électroniques comme la télécopie ou le courrier électronique, le débiteur ayant signé et renvoyé un accusé de réception portant la date de réception.

2. Toute citation à comparaître peut avoir été signifiée ou notifiée au débiteur conformément au paragraphe 1 ou oralement au cours d'une audience précédente concernant la même créance et consignée dans le procès-verbal de cette audience.

Article 14 – Signification ou notification non assortie de la preuve de sa réception par le débiteur

1. L'acte introductif d'instance ou d'un acte équivalent ainsi que de toute citation à comparaître peut également avoir été signifié ou notifié au débiteur par l'un des modes suivants : a) notification ou signification à personne, à l'adresse personnelle du débiteur, à des personnes vivant à la même adresse que celui-ci ou employées à cette adresse ; b) si le débiteur est un indépendant ou une personne morale, signification ou notification à personne, dans les locaux commerciaux du débiteur, à des personnes employées par le débiteur ;

c) dépôt de l'acte dans la boîte aux lettres du débiteur ; d) dépôt de l'acte dans un bureau de poste ou auprès d'une autorité publique compétente et communication écrite de ce dépôt dans la boîte aux lettres du débiteur, à condition que la communication écrite mentionne clairement la nature judiciaire de l'acte ou le fait qu'elle vaut notification ou signification et a pour effet de faire courir les délais ; e) par voie postale non assortie de l'attestation visée au paragraphe 3, lorsque le débiteur a une adresse dans l'État membre d'origine ; f) par des moyens électroniques avec accusé de réception automatique, à condition que le débiteur ait expressément accepté à l'avance ce mode de signification ou de notification.

2. Aux fins du présent règlement, la signification ou la notification au titre du paragraphe 1 n'est pas admise si l'adresse du débiteur n'est pas connue avec certitude.

3. La signification ou la notification d'un acte en application du paragraphe 1, points a) à d), est attestée par : a) un acte signé par la personne compétente ayant procédé à la signification ou à la notification mentionnant les éléments suivants : i) le mode de signification ou de notification utilisé ; ii) la date de la signification ou de la notification, et iii) lorsque l'acte a été signifié ou notifié à une personne autre que le débiteur, le nom de cette personne et son lien avec le débiteur, ou b) un accusé de réception émanant de la personne qui a reçu la signification ou la notification, pour l'application du paragraphe 1, points a) et b) »

¹³⁵¹ Cf. infra, Chapitre 2, Section 2, §3, A.

de procédure applicables. L'article 19 énonce, pour terminer, deux cas exceptionnels empêchant la certification même si les conditions sont réunies.

368. Difficultés soulevées. Plusieurs critiques ont pu être adressées à l'encontre des dispositions du règlement de 2004¹³⁵². Monsieur le Professeur Jeuland s'interroge ainsi sur la conformité de la compétence de la juridiction d'origine avec le principe d'impartialité, et sur les garanties accordées par l'admission de modes de signification ou de notification sans preuve de réception par le destinataire¹³⁵³. Prenant l'exemple de la Belgique, Madame Pertegás soulève également des difficultés relativement à la définition de la créance incontestée, et particulièrement le cas de la non comparution¹³⁵⁴. En effet, traditionnellement, le défaut correspond à une contestation implicite de la créance. Y aurait-il donc possibilité, pour une juridiction belge ayant rendu une décision par défaut, de refuser la certification en arguant du fait que la créance est contestée malgré l'article 3 §1 c) ? L'auteur, s'appuyant sur la jurisprudence belge, ne le pense pas. En effet, le renvoi à la loi de l'État de la juridiction d'origine ne jouerait que pour les modalités du jugement par défaut et non pour ses conséquences. Au demeurant, il semblerait totalement paradoxal de refuser de faire jouer un cas expressément prévu par le règlement sous couvert d'interprétations nationales.

Mais ce qui cristallise les commentaires, c'est surtout le fait que la volonté de simplifier la circulation des décisions en octroyant la possibilité, sous conditions, de rendre une décision directement exécutoire dans tous les États membres semble annihilée par la complexité des règles encadrant la certification. Plus précisément, ce sont les règles matérielles de procédure établies qui posent question. En définitive, le contrôle est juste déplacé de la juridiction d'exécution à la juridiction d'origine. La procédure semble même plus complexe que la procédure *d'exequatur* simplifiée dans le cadre du règlement Bruxelles I. Les condamnations sont nombreuses¹³⁵⁵ et les termes employés à l'égard de cette procédure

¹³⁵² STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, pp.163 et s.

¹³⁵³ JEULAND (E.), « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n°145, p.15. Dans le même sens, voir COMPAIN (A.), *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Nantes, 2012, spéc. n°426, p.441.

¹³⁵⁴ PERTEGAS (M.), « The interaction between EC private international law and procedural rules: the European enforcement order as test-case », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.809, spéc. p.813

¹³⁵⁵ Voir, par exemple, JOLY (E.), « Le titre exécutoire européen », *L'Observateur de Bruxelles*, Octobre 2012, n°90, p.28, spéc. pp.31-34 ; ou encore, notamment à propos de l'accumulation des modes de signification ou notification possible NIBOYET (M.-L.), « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.153, spéc. p.169 (alors que le règlement n'était encore qu'un projet).

sont parfois tranchants. Appelant à une réécriture du texte, Monsieur le Professeur Jeuland parle d'un groupement de règles « *indigeste* » et d'un « *labyrinthe législatif* »¹³⁵⁶. Il va même jusqu'à parler d'un texte « *mort-né* »¹³⁵⁷. La récente refonte du règlement Bruxelles I, et le déplacement d'un contrôle *a priori* pour un contrôle *a posteriori* qui s'en est suivi¹³⁵⁸, semble si ce n'est annihiler l'intérêt du certificat, en diminuer l'intérêt. En effet, il est fort probable, et c'est sans doute le souhait des instances européennes, que cette nouvelle modalité du contrôle des décisions étrangères ne sera que ponctuellement utilisée. Le certificat européen ne démontre dès lors un intérêt que dans les cas où il existera un risque que l'exécution soit contestée, les règles matérielles de procédure posées étant sans doute trop complexes.

B. La médiation

369. Cumul des instruments. La médiation a fait l'objet d'une première directive en 2008¹³⁵⁹, la transposition devant s'effectuer avant le 21 mai 2011. Cette directive, transposée tardivement par la France par une ordonnance de 2011¹³⁶⁰ et un décret de 2012¹³⁶¹, « *ne fut pas à la hauteur des résultats escomptés* »¹³⁶² et constituait même « *un texte relativement décevant* »¹³⁶³. Par conséquent, deux nouveaux instruments ont récemment été adoptés : la

¹³⁵⁶ JEULAND (E.), « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n°145, p.15

¹³⁵⁷ *Ibid.* : « Le paradoxe n'est donc qu'apparent et on peut même considérer que le règlement TEE s'appuie sur le droit à l'exécution dégagée par la CEDH. Mais un certain malaise persiste, car le texte est sans doute trop complexe. Il est même peut-être mort-né si les créanciers préfèrent la procédure d'exequatur simplifié. Ceux-ci pourront être tentés de se tourner dans le futur vers l'injonction de payer européenne, la procédure concernant les petits litiges, la saisie conservatoire européenne ou même l'injonction Mareva européenne tant foisonnent les projets de la commission. Un pâté de sable s'étant écroulé, un château en Espagne ayant été soufflé, le législateur européen n'a qu'une idée : continuer à construire. »

¹³⁵⁸ Article 39 du Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : « Une décision rendue dans un État membre et qui est exécutoire dans cet État membre jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire ».

Article 46 : « À la demande de la personne contre laquelle l'exécution est demandée, l'exécution d'une décision est refusée lorsque l'existence de l'un des motifs visés à l'article 45 est constatée. »

¹³⁵⁹ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE L136 du 24 mai 2008

¹³⁶⁰ Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n° 0266 du 17 novembre 2011, p. 19286, texte n°10

¹³⁶¹ Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n°0019 du 22 janvier 2012, p. 1280, texte n°9

¹³⁶² BERNHEIM-DESVAX (S.), « Litiges de consommation – Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne », *JCP E*, 4 juillet 2013, 1402, spéc. n°3

¹³⁶³ PIEDELIEVRE (S.), « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », *Gaz. Pal.*, 20 et 21 septembre 2013, p.2891

directive 2013/11/UE¹³⁶⁴ et le règlement 524/2013¹³⁶⁵ du 21 mai 2013. Ils ne remplacent pas la directive de 2008, mais s’y ajoutent, sauf indications contraires. Tous posent des règles matérielles de procédure relatives au traitement extrajudiciaires des litiges. Si ces règles sont à la marge de notre étude telle que nous en avons défini le cadre, certaines ont un impact direct sur une éventuelle procédure contentieuse qui s’ensuivrait.

370. Directive de 2008. La directive s’applique à tous les processus de règlement amiable dans les matières civiles et commerciales, que le domaine soit économique ou familial, sauf pour les matières dont les parties n’ont pas la libre disposition dans l’État membre concerné. Enfin, la directive ne s’applique qu’aux litiges transfrontières, définis par référence au domicile des parties, dans tous les États membres à l’exception du Danemark.

Comme le note Monsieur Paulino Pereira¹³⁶⁶, les règles contenues dans la directive ne forment qu’une harmonisation *a minima*. Elles sont relatives à la fois au processus de médiation, et, dans l’aspect qui nous intéresse le plus, à l’impact par rapport à une éventuelle procédure judiciaire. De manière générale, il s’agit d’un processus d’accord volontaire entre les parties par l’intermédiaire d’un médiateur déclenché par les parties, le juge ou la loi. Le médiateur doit être efficace, impartial et compétent, mais l’autonomie est laissée aux États pour encadrer ces objectifs. L’homologation de l’accord par une juridiction est possible sous trois conditions : les parties acceptent de reconnaître l’existence d’un accord, le contenu est conforme au droit de l’État où l’homologation est requise, et il existe une possibilité de rendre un tel accord exécutoire dans l’État membre requis. Concernant les règles qui intéressent la procédure dans son aspect judiciaire, en cas de procès, la confidentialité est nécessaire. De plus, les États doivent se doter de règles permettant de ne pas être empêché d’agir par l’écoulement d’un délai de prescription. En d’autres termes, la mise en œuvre d’une médiation doit suspendre ou interrompre le délai de prescription.

371. Nouveaux instruments. Les deux nouveaux textes, très complémentaires¹³⁶⁷, s’appliquent tant aux situations internationales qu’aux situations nationales. Ils ne relèvent

¹³⁶⁴ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), JOUE L165 du 18 juin 2013.

¹³⁶⁵ Règlement (UE) n°524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), JOUE L165 du 18 juin 2013.

¹³⁶⁶ PAULINO PEREIRA (F.), « La directive sur la médiation en matière civile et commerciale », *L’observateur de Bruxelles*, Avril 2008, n°72, p.30, spéc. p.31

¹³⁶⁷ PIEDELIEVRE (S.), « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », *Gaz. Pal.*, 20 et 21 septembre 2013, p.2891

d'ailleurs pas de l'article 81 TFUE, mais de l'article 169 relatif à la protection des consommateurs. L'objectif est d'« offrir une solution simple, rapide et peu onéreuse aux litiges entre consommateurs et professionnels, sans qu'il soit nécessaire d'engager une action en justice »¹³⁶⁸. Il a, en effet, été retenu que les disparités relatives à ces modes alternatifs de règlement des conflits freinaient le marché intérieur en dissuadant les consommateurs d'acheter des produits dans un autre État membre. Sont alors seuls concernés, en vertu de l'article 2, les « *contrats de vente ou de service conclus entre un professionnel établi dans l'Union et un consommateur résidant dans l'Union* ».

La directive, qui doit être transposée au plus tard le 9 juillet 2015, prévoit l'établissement d'entités de règlement extrajudiciaire des litiges répondant à certains critères, au sein desquelles pourront être menées des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges. Pour être qualifiée d'entité de règlement extrajudiciaire des litiges, elle doit être durablement établie, proposer un tel processus, et être inscrite sur une liste¹³⁶⁹. Les personnes en charge du processus devront, par ailleurs, être compétentes, indépendantes, impartiales¹³⁷⁰ et transparentes, ce qui sous-entend une obligation d'information et de visibilité *via* un site internet¹³⁷¹. Par ailleurs, bien que cela ne soit pas expressément prévu, la logique des modes alternatifs de règlement des conflits imposerait la confidentialité, ce qui éviterait de dissuader les professionnels¹³⁷². La procédure, bien que très peu réglementée par la directive, doit toutefois se conformer à certaines garanties qui constituent des règles matérielles de procédure, certes à la marge de notre étude par leur aspect extrajudiciaire. Le principe du contradictoire doit être préservé en vertu de l'article 9, qui prévoit, plus largement, l'équité du processus. De plus, l'article 8 impose une procédure « efficace ». Celle-ci se traduit par l'accessibilité des informations en ligne, la simplicité, la gratuité et la rapidité, le litige devant

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p.2892

¹³⁶⁹ « Article 4 – Définitions – 1. Aux fins de la présente directive, on entend par : [...] h) “entité de REL”, toute entité, quelle que soit la façon dont elle est appelée ou citée, qui est durablement établie et propose de régler un litige par une procédure de REL et qui figure sur la liste établie conformément à l'article 20, paragraphe 2 »

¹³⁷⁰ « Article 6 – Compétences, indépendance et impartialité

1. Les États membres veillent à ce que les personnes physiques chargées du REL aient les compétences nécessaires et soient indépendantes et impartiales. »

¹³⁷¹ « Article 7 – Transparence

1. Les États membres veillent à ce que les entités de REL mettent à la disposition du public, sur leur site internet, sur un support durable sur demande, et par tout autre moyen qu'ils jugent approprié, des informations claires et facilement compréhensibles »

En ce sens, voir, par exemple, BERNHEIM-DESVAUX (S.), « Litiges de consommation – Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne », *JCP E*, 4 juillet 2013, 1402, spéc. n°8 ; PIEDELIEVRE (S.), « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », *Gaz. Pal.*, 20 et 21 septembre 2013, p.2891 ; PIZZIO (J.-P.), « Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : apport des nouveaux textes européens », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2013, p.85.

¹³⁷² *Ibid.*

être traité dans un maximum de 90 jours. Volontariat et liberté doivent guider les procédures, de même que la protection du consommateur. Enfin, et surtout, tout comme la directive de 2008, il est prévu que les participants à un tel processus ne doivent pas être empêchés d'agir en justice ultérieurement à cause de l'expiration d'un délai de prescription.

Le règlement a un objectif plus ciblé puisqu'il ne s'applique qu'aux litiges en ligne. Il se destine à « *instaurer une protection élevée du consommateur, grâce à des plateformes facilitant le règlement impartial, transparent, efficace et équitable, par voie extrajudiciaire, des litiges en ligne opposant consommateurs et professionnels* »¹³⁷³. Il pose une obligation d'information à la charge du professionnel avec, notamment, l'exigence d'un lien vers le site internet de l'entité. Surtout, le véritable apport du règlement vient de la mise en place, d'ici le 9 janvier 2016, par la Commission, d'une plateforme unique¹³⁷⁴. Celle-ci recevra les plaintes grâce à un formulaire électronique, et redirigera ensuite le dossier complet et les parties vers l'entité de règlement extrajudiciaire des litiges compétentes. Par la suite, la directive trouve pleinement à s'appliquer au processus engagé, mais la présence des parties n'est pas imposée¹³⁷⁵.

C. L'action collective

372. Prémisses d'une réglementation matérielle. Il n'existe pas de véritables règles matérielles harmonisées relatives aux actions de groupe, mais le paysage législatif européen n'est pas un désert en la matière. D'une part, dans un domaine différent, mais proche, la directive 2009/22/CE¹³⁷⁶ crée l'action en cessation qui a pour but de faire cesser ou interdire une infraction que le litige soit transfrontière ou non. Il ne s'agit pas d'une véritable action de groupe dans la mesure où il ne s'agit pas de protéger les intérêts des consommateurs dans une

¹³⁷³ PIEDELIEVRE (S.), « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », *Gaz. Pal.*, 20 et 21 septembre 2013, p.2891, spéc. p.2394

¹³⁷⁴ « Article 5 – Mise en place de la plateforme de RLL [...] »

2. La plateforme de RLL est un guichet unique pour les consommateurs et les professionnels souhaitant régler, par voie extrajudiciaire, des litiges relevant du présent règlement. Elle consiste en un site internet interactif accessible en ligne et gratuitement dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union »

¹³⁷⁵ « Article 10 – Règlement du litige »

Une entité de REL qui a accepté de traiter un litige conformément à l'article 9 du présent règlement :

a) clôture la procédure de REL dans le délai visé à l'article 8, point e), de la directive 2013/11/UE ;

b) n'exige pas la présence physique des parties ou de leurs représentants, à moins que ses règles de procédure prévoient cette possibilité et que les parties en conviennent »

¹³⁷⁶ Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (version codifiée), JOUE L110 du 1er mai 2009 codifiant la directive du 19 mai 1998, et ses modifications ultérieures. Sur cette dernière, voir, par exemple, JEULAND (E.), « L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation », *Droit et Patrimoine*, Octobre 2002, p.80 ; ou encore, NIBOYET (M.-L.), « L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières », *Gaz. Pal.*, 2000, doct. p.395.

perspective d'une « *accumulation d'intérêts de particuliers* »¹³⁷⁷. Ainsi, comme le note Madame Azar-Baud, « *Le terrain des actions en cessation se situe dans les différends de masse, provoqués par l'activité économique de production, de distribution et de consommation de richesses. Or, ce ne sont pas tous les désaccords collectifs qui peuvent fonder une action en cessation telle que prévue par la directive, mais seulement les infractions allant à l'encontre des intérêts collectifs visés par les directives listées en annexe* »¹³⁷⁸. L'article 4 de la directive permet alors aux entités qualifiées, les critères étant laissés à l'appréciation des États membres, d'intenter une telle action dans son État d'origine ou dans tout autre État membre. En pratique, il s'agira essentiellement d'accorder une possibilité d'agir aux associations de consommateurs, aux agences de médicaments...

D'autre part, la recommandation 2013/396/UE¹³⁷⁹ pose les premiers jalons d'une telle réglementation, accordant aux États un délai de deux ans pour s'y conformer. Il ne s'agit pas véritablement d'une harmonisation matérielle¹³⁸⁰, du fait du caractère en principe non contraignant de l'instrument employé. Toutefois, « *elle n'est pas non plus sans valeur...* »¹³⁸¹. L'avantage de l'action de groupe est indéniable, notamment du point de vue des consommateurs qui ne refuseront plus de demander l'application de leur droit du fait du coût supérieur à l'avantage qu'ils se procureraient¹³⁸². Or, à l'heure actuelle, peu d'États européens disposent d'une législation suffisante pour éviter les inégalités. La recommandation propose alors quelques principes fondamentaux auxquels devront se conformer les nouvelles actions de groupe comme les anciennes, qu'elles soient en cessation ou en réparation. Pour ne prendre que quelques exemples, elles devront être objectives, équitables, rapides, peu chères et les dommages et intérêts punitifs seront prohibés. La législation européenne sur l'action de groupe est donc en marche.

¹³⁷⁷ Considérant 3 : « *Les mécanismes existant actuellement pour assurer le respect de ces directives, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, ne permettent pas toujours de mettre un terme, en temps utile, aux infractions préjudiciables aux intérêts collectifs des consommateurs. Par intérêts collectifs, on entend des intérêts qui ne sont pas une simple accumulation d'intérêts de particuliers auxquels il a été porté atteinte par une infraction. Cela est sans préjudice des recours individuels formés par des particuliers lésés par une infraction.* »

¹³⁷⁸ AZAR-BAUD (M. J.), « Les actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs – A propos de la directive 2009/22/CE », *REDC*, 2010, p.199, spéc. p.201

¹³⁷⁹ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), JOUE L201 du 26 juillet 2013.

¹³⁸⁰ Pour une telle proposition, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2, §2, A., 2.

¹³⁸¹ AUBERT DE VINCELLES (C.), « Protection des consommateurs dans les litiges de consommation », *RTDE*, 2013, p.575, spéc. n°6

¹³⁸² *Ibid.*, n°5

D. L'office du juge et la compétence

373. Position du problème. Les règlements Bruxelles I, Bruxelles II bis, celui du 18 décembre 2008 sur les obligations alimentaires¹³⁸³, et du 4 juillet 2012 relatif aux successions¹³⁸⁴ prévoient tous des règles de conflits de juridictions. La question qui se pose alors est de savoir quelle attitude le juge doit adopter face à ces règles et notamment, face à son incompetence en application de celles-ci : doit-il la soulever d'office ou non ? Aussi, parallèlement à la réglementation sur les conflits de juridictions, tous ces instruments posent également des règles relatives à l'office du juge en matière de compétence, établissant ainsi des règles matérielles de procédure.

374. Règles matérielles posées. Les articles 25 et 26 du règlement Bruxelles I – conservés dans leur substance aux articles 27 et 28 du règlement refondu – ne prévoient pas systématiquement la possibilité pour le juge de se déclarer d'office incompetent. Ainsi, il a ce devoir dans seulement deux cas. D'une part, il devra, très logiquement¹³⁸⁵, opérer une telle vérification dans le cadre des compétences exclusives de l'article 22¹³⁸⁶. D'autre part, dans un souci de protection du défendeur¹³⁸⁷, le juge se déclarera d'office incompetent dans l'hypothèse où celui-ci ne comparait pas, et est domicilié sur le territoire d'un autre État membre que celui dans lequel se situe la juridiction saisie¹³⁸⁸. Il ne peut, par ailleurs, pas s'estimer compétent en cas de défaut du défendeur sans avoir, au préalable, vérifié la régularité de l'assignation du défendeur au regard du règlement de 2007¹³⁸⁹. Dans tous les autres cas, la loi du for aurait vocation à s'appliquer¹³⁹⁰. Il est cependant nécessaire de noter que la compétence du juge est établie, en vertu de l'article 24 du règlement, si le défendeur

¹³⁸³ Règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE L7 du 10 janvier 2009

¹³⁸⁴ Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JOUE L201 du 27 juillet 2012

¹³⁸⁵ En ce sens, voir GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2010, spéc. n°314, p.332 : « La règle n'étonne pas et ne fait que traduire la force particulière de ces compétences ».

¹³⁸⁶ « Article 25 : Le juge d'un État membre, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État membre est exclusivement compétente en vertu de l'article 22, se déclare d'office incompetent. »

¹³⁸⁷ GAUDEMET-TALLON (H.), *loc. cit.*

¹³⁸⁸ « Article 26 : 1. Lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre est attiré devant une juridiction d'un autre État membre et ne comparait pas, le juge se déclare d'office incompetent si sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement. »

¹³⁸⁹ Article 20, alinéa 2

¹³⁹⁰ GAUDEMET-TALLON (H.), *op. cit.*, n°317, p.333. Se pose alors la question de l'uniformité d'application du règlement. Celle-ci se pose dans les mêmes termes que l'office du juge dans la règle de conflit de lois, sur lequel voir *infra*, Chapitre 2, Section 2, §3, A, 2.

comparaît sans contester la compétence¹³⁹¹. Monsieur le Professeur Pataut estime alors que le renvoi aux règles du for « *est incompatible avec les règles relatives à la comparution volontaire : si le juge, comme l'affirme la Cour, est obligé de se déclarer compétent, c'est bien qu'il ne lui est pas permis de contester de son propre chef cette compétence* »¹³⁹². Pour l'auteur, « *si on procède à une lecture simultanée des articles 24, 25 et 26, on arrive à une solution très simple : le juge est obligé de soulever d'office son incompétence si le défendeur ne comparaît pas ou s'il existe une compétence exclusive dans un autre État membre ; il lui est interdit de le faire dans tous les autres cas* »¹³⁹³. Cette seconde interprétation de la législation européenne, contraire à la loi procédurale interne française¹³⁹⁴, semble confirmée par la jurisprudence¹³⁹⁵. Par ailleurs, rien n'est précisé sur les modalités de l'exception d'incompétence soulevée par les parties¹³⁹⁶. Il est à noter que dans le cadre de l'injonction de payer européenne, la compétence en application du règlement Bruxelles I doit être vérifiée¹³⁹⁷.

En matière d'obligations alimentaires et de successions, la solution est unanime et claire : le juge doit d'office, et quelles que soient les circonstances, vérifier qu'il est bien compétent, et au besoin se déclarer d'office incompétent. Les articles 10 et 15 de ces récents règlements énoncent ainsi que « *la juridiction d'un État membre saisie d'une affaire pour laquelle elle n'est pas compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente* ». Concernant, enfin, le règlement Bruxelles II bis, l'article 17 impose au juge de soulever d'office son incompétence si la juridiction véritablement compétente est, en application des dispositions européennes, celle d'un État membre¹³⁹⁸. Une fois la compétence vérifiée, se pose la question des procédures concurrentes.

¹³⁹¹ Cette dernière condition n'est pas littéralement posée par le règlement, mais elle ressort de la logique. En ce sens, voir PATAUT (E.), « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparaît sans soulever d'exception d'incompétence », *RCDIP*, 2010, p.575 : « *La première semble de bon sens : si le défendeur comparaît dans le but de contester la compétence, celle-ci n'est pas établie. Il est bien évident que la règle de l'article 24 n'a pas vocation à rendre compétent n'importe quel tribunal saisi mais uniquement celui dont la compétence n'a pas fait l'objet de débat judiciaire, ce qui est très différent.* »

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ En effet, l'article 92 du Code de procédure civile, s'il ne pose pas une obligation de relever d'office l'incompétence, prévoit tout de même une faculté pour le juge « *en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas* ».

¹³⁹⁵ CJUE, Affaire C-111/09, 20 mai 2010, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group contre Michal Bilas*, Recueil 2010 page I-04545

¹³⁹⁶ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2, §1

¹³⁹⁷ Cf. *infra*, §3, A

¹³⁹⁸ « Article 17 — Vérification de la compétence

La juridiction d'un État membre saisie d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre État membre est compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente. »

E. La résolution des conflits de procédures

375. Résolution et définitions. Dès la Convention de Bruxelles de 1968, des règles matérielles régissant la résolution des conflits de procédures ont été posées par les instances européennes dans les instruments relatifs aux conflits de juridictions, au détriment – justifié – de la méthode conflictuelle (1). Il apparut cependant rapidement nécessaire d'établir, en outre, des définitions européennes permettant de traiter uniformément ces conflits de procédures (2).

1. *La résolution européenne des conflits de procédures*

376. Le règlement européen classique des conflits de procédures. L'ensemble des instruments européens traite les conflits de procédures assez classiquement par une réglementation matérielle de la litispendance et de la connexité. La réponse apportée dans chacun des règlements est la même, et dans des termes identiques. Concernant la litispendance, c'est-à-dire des demandes identiques¹³⁹⁹ formées devant deux juridictions également compétentes entre les mêmes parties, ayant le même objet et la même cause, la juridiction saisie en second doit, d'office, surseoir à statuer. La juridiction préalablement saisie établira alors sa compétence, permettant ainsi d'éviter le déni de justice¹⁴⁰⁰. Par suite, la seconde juridiction devra se dessaisir au profit de la première¹⁴⁰¹. Concernant la connexité, le sursis à statuer de la juridiction saisie en second lieu n'est cette fois qu'une faculté pour le juge, mais pas une obligation. Quant au dessaisissement, il n'est ouvert qu'à la demande des parties et à deux conditions cumulatives : « *que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction* »¹⁴⁰². Madame le Professeur Niboyet appelle à la recherche d'un correctif à cette automaticité dans la règle de la compétence du juge premier saisi¹⁴⁰³. Sans aller jusqu'à l'acceptation du *forum non*

¹³⁹⁹ Cette condition d'identité justifie le rejet d'une litispendance entre une instance en référé et une instance au fond (Cass. 1^{ère} Civ., 28 janvier 2015, *A paraître au bulletin*).

¹⁴⁰⁰ GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n°334, p.351

¹⁴⁰¹ Article 27 du règlement Bruxelles I, 29 du règlement Bruxelles I refondu, 19 du règlement Bruxelles II bis, 12 du règlement sur les obligations alimentaires et 17 du règlement sur les successions : « 1. Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. 2. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci. »

¹⁴⁰² Articles 28 du règlement Bruxelles I, 30 du règlement Bruxelles I refondu, 13 du règlement sur les obligations alimentaires et 18 du règlement sur les successions. La connexité n'est pas prévue dans le règlement Bruxelles II bis.

¹⁴⁰³ NIBOYET (M.-L.), « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.153, spéc. p.163. Dans le même sens, voir PAULINO PEREIRA (F.), « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne : bilan et perspectives »,

conveniens, il s'agirait d'assouplir les pouvoirs du juge dans de telles hypothèses, en partenariat avec les parties et l'autre juge saisi, afin de parvenir à un « *règlement concerté du conflit de compétences* »¹⁴⁰⁴.

La refonte du règlement Bruxelles I a conduit à la création de nouvelles règles matérielles de procédure relatives aux conflits de procédures entre les juridictions d'un État membre et celles d'un État tiers¹⁴⁰⁵. Ainsi, les nouveaux articles 33 et 34 règlent une telle situation. Cette inclusion de règles relatives aux relations avec les États tiers accompagnait, à l'origine, l'idée d'une universalisation du règlement¹⁴⁰⁶. Si cette seconde proposition n'a pas été maintenue, la première a été conservée. La définition des notions de litispendance et de connexité reste inchangée, mais les règles matérielles sont différentes. Elles ne s'appliquent que si les juridictions de l'État tiers ont été saisies – la date étant fixée par la loi du for – en premier et celles d'un État membre en second. Il ne s'agit pas d'imposer une telle réglementation aux juges extra-européens. En outre, il ne pourra y avoir litispendance ou connexité que dans le cas où la compétence de la juridiction européenne découle des articles 4, 7, 8 et 9 du règlement, c'est-à-dire que si la compétence est fondée sur le domicile, sur les compétences spéciales telles qu'en matière contractuelle ou délictuelle, ou sur les compétences dérivées. En cas de litispendance, la juridiction européenne saisie a alors la faculté (et seulement la faculté) de surseoir à statuer si et seulement si, la décision de l'État tiers est susceptible d'être reconnue et exécutée dans l'État européen, et si cela est nécessaire pour une bonne administration de la justice. Ce sursis est révocable dans certaines circonstances. Aucun dessaisissement n'est prévu, l'instance est simplement terminée à l'issue de la procédure étrangère dont la décision est susceptible d'être reconnue et exécutée. De la même manière, le sursis à statuer en cas de connexité n'est qu'une faculté. Par ailleurs, il nécessite la réunion de trois conditions : il doit y avoir un intérêt à joindre les deux affaires pour éviter des risques d'inconciliabilité, la décision étrangère est susceptible d'être reconnue, et cela est nécessaire pour une bonne administration de la justice. Là encore, le sursis est révocable, mais l'issue de la procédure est plus obscure¹⁴⁰⁷. En effet, aucun renvoi devant une seule et unique juridiction n'est prévu. De plus, l'article 34 § 3 dispose que « *La juridiction de*

RCDIP, 2010, p.1, spéc. p.10. L'auteur admet cependant que cela « *diminue le risque d'un débat quant à la détermination du tribunal compétent avec des avantages évidents en termes de rapidité du commencement de l'examen de la demande* ».

¹⁴⁰⁴ NIBOYET (M.-L.), article précité, p.164

¹⁴⁰⁵ Voir, par exemple, ALEXANDRE (D.) et HUET (A.), « Litispendance et connexité dans les relations entre un État membre de l'Union européenne et un État tiers », *D.*, 2013, p.1499

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, n°1

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, n°15

l'État membre peut mettre fin à l'instance si la procédure devant la juridiction de l'État tiers est conclue et a donné lieu à une décision qui est susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, d'être exécutée dans ledit État membre ». Ainsi, alors que les deux demandes ne sont que connexes et portent donc, par définition, sur deux choses différentes, le règlement prévoit un terme à la procédure sans que ne semble abordée la question de la résolution du litige pendant devant la juridiction européenne. Si la création de ces règles constitue une véritable avancée, elles n'en demeurent donc pas moins incomplètes.

377. La place des autres méthodes. Alors que les règles matérielles posées par la plupart des règlements en matière de conflits de procédures sont rigides, le règlement Bruxelles II bis semble autoriser quelques éléments de flexibilité¹⁴⁰⁸. Dans le cadre des actions relatives à la responsabilité parentale, l'article 15 prévoit ainsi le renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire. Le juge saisi, s'apercevant qu'une autre juridiction est mieux placée pour connaître de l'affaire, peut surseoir à statuer et, soit demander aux parties de saisir une autre juridiction, soit contacter directement cette autre juridiction. L'initiative peut également provenir des parties, ou même – Monsieur le Professeur Cadiet soulève l'innovation du point de vue de la coopération¹⁴⁰⁹ – de cette autre juridiction. La coopération entre les différents acteurs est d'autant plus marquée que le renvoi ne peut être effectué qu'avec l'accord d'une des parties au moins. Cependant, la juridiction ainsi choisie évalue elle-même sa compétence, rien ne lui est imposé¹⁴¹⁰. Dans un souci de sécurité juridique, une liste exhaustive de situation justifiant le lien particulier de l'enfant avec cet autre État membre est tout de même posée. Un tel élément de flexibilité, un peu plus circonscrit, est également posé dans le règlement sur les successions¹⁴¹¹. La coopération entre juges, et avec le soutien des parties, souhaitée par Madame le Professeur Niboyet pour

¹⁴⁰⁸ Relevant cette flexibilité, voir précédemment cité, PAULINO PEREIRA (F.), « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne : bilan et perspectives », *RCDIP*, 2010, p.1, spéc. p.10.

¹⁴⁰⁹ CADIET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible à l'adresse suivante : http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Cad战略_Inaugural_lecture.pdf

¹⁴¹⁰ Sur le refus d'ingérence dans l'évaluation de la compétence, voir LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013, spéc. n^{os} 192 et s., pp. 166 et s.

¹⁴¹¹ Article 6 : « Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, la juridiction saisie en vertu de l'article 4 ou 10 :

a) peut, à la demande de l'une des parties à la procédure, décliner sa compétence si elle considère que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession compte tenu des circonstances pratiques de celle-ci, telles que la résidence habituelle des parties et la localisation des biens »

corriger la rigidité de la règle du premier saisi s'exprime ici clairement, et pourrait être étendue¹⁴¹².

2. Les définitions européennes dans le cadre des conflits de procédures

378. Saisine. L'une des difficultés rencontrées par les juges dans l'application de la Convention de Bruxelles a été la définition de la saisine du juge. La Cour de justice a alors décidé de renvoyer cette question aux droits nationaux. En effet, dans l'arrêt *Zelger*¹⁴¹³, il a été décidé que, si les conséquences et la définition de la litispendance étaient régies par la Convention de Bruxelles de 1968, les modalités d'application et les définitions de ces conditions d'exercice, notamment la détermination de la date de saisine, étaient des questions procédurales régies par la loi du for. C'est une des lacunes comblées par la communautarisation de l'instrument¹⁴¹⁴.

L'article 30 du règlement Bruxelles I – article 32 dans sa version refondue – énonce désormais une règle procédurale matérielle quant à la détermination de la date de la saisine. Les autres règlements relatifs aux conflits de juridictions reprennent la même disposition¹⁴¹⁵. Les instances européennes posent une alternative entre deux hypothèses permettant de fixer à quelle date une juridiction a été saisie. La saisine d'une juridiction « *se réalise pleinement en deux temps puisqu'il suppose généralement que le demandeur informe d'une part le juge et d'autre part son adversaire, dans un ordre qui, finalement, importe peu* »¹⁴¹⁶. Par suite, « *La date de la saisine sera celle du premier de ces deux actes, mais à condition que le second soit accompli dans les délais et formes prévus* »¹⁴¹⁷. Si cette nouvelle disposition a l'avantage d'harmoniser la règle, certains n'ont pas manqué de relever qu'elle fait naître de nouvelles difficultés¹⁴¹⁸. Pour reprendre l'exemple de Monsieur le Professeur Tagaras, rien n'est dit

¹⁴¹² Sur l'expérience positive de cette disposition, voir aussi EGEA (V.), « Une source d'inspiration pour l'espace judiciaire civil européen : le Règlement Bruxelles II bis », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.35

¹⁴¹³ CJCE, Affaire C-129/83, 7 juin 1984, *Siegfried Zelger c/Sebastiano Salinitri*, Recueil 1984 page 2397, Conclusions Colomer

¹⁴¹⁴ NIBOYET (M.-L.), « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.*, 2001, p.943, spéc. p.944

¹⁴¹⁵ Articles 16 du règlement Bruxelles II bis, 9 du règlement sur les obligations alimentaires et 14 du règlement sur les successions.

¹⁴¹⁶ CROZE (H.), « Règlement (CE) n°44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Procédures*, Avril 2001, p.7, spéc. p.9

¹⁴¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁴¹⁸ TAGARAS (H.), « La révision et la communautarisation de la Convention de Bruxelles par le règlement 44/2001 », *CDE*, 2003, p.399, spéc. p.412 : « *La nouvelle disposition de l'article 30 constitue certes un pas en avant, en ce qui concerne en particulier le but de l'élimination des distorsions dans la répartition du contentieux civil et commercial entre les États membres de l'Union, mais elle n'est pas sans poser de problèmes* »

quant aux délais pour accomplir le second acte de saisine. Un renvoi à la loi nationale semble donc toujours être nécessaire en partie. De la même façon, les difficultés ressurgiront lorsque c'est la date de la signification elle-même qui est sujette à controverse¹⁴¹⁹, ou lorsque plusieurs étapes procédurales sont nécessaires¹⁴²⁰.

379. Litispendance. La litispendance est définie, dans la version française, comme l'hypothèse de « *demandes ayant le même objet et la même cause, formées entre les mêmes parties* ». La rédaction anglaise semble beaucoup plus large¹⁴²¹, puisqu'elle implique « *proceedings involving the same cause of action and between the same parties* ». Aucune distinction entre objet et cause ne paraît effectuée. La jurisprudence a relevé le caractère autonome de la notion par rapport aux droits nationaux¹⁴²².

Identité de parties et identité de cause ne semblent pas soulever de véritables difficultés. La première s'entend quelle que soit leur place procédurale, demandeur ou défendeur¹⁴²³. La seconde « *comprend les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande* »¹⁴²⁴. Concernant la condition de l'identité d'objet, la Cour de justice a une conception extensive de la notion qu'elle n'assimile pas à une identité de demandes¹⁴²⁵. Dans l'arrêt *Gubisch*, il a dès lors été jugé que la demande d'annulation d'un contrat et la demande d'exécution de celui-ci avaient toutes deux un même objet portant sur la

d'interprétation et les juges nationaux continueront à rencontrer des difficultés dans la détermination du moment de la saisine de chaque juridiction ». Dans le même sens, voir GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2010, spéc. p.350

¹⁴¹⁹ Voir Cass. Com., 28 octobre 2008, *Margaret Visser transport BV c. Société L'Oréal et autres*, Bull. IV n°178. Sur cet arrêt et la difficulté, voir PATAUT (E.), « De la date de saisine d'un tribunal saisi d'une exception de litispendance », *RCDIP*, 2009, p.93

¹⁴²⁰ Il en va ainsi, par exemple, en matière de divorce en droit français. Le problème s'est posé de savoir si la date de saisine à prendre en compte était la date de la requête en conciliation ou la date de l'assignation en divorce. La Cour de cassation a tranché en faveur de la première (Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, *Bull. Civ. I*, n°374).

¹⁴²¹ En ce sens, voir KENNETT (W.), « *Lis alibi pendens : a view from the UK* », in *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale* sous la direction de R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS et N. WATTE, Bruylant, 1999, p.103. L'auteur raisonne à partir de la Convention de Bruxelles, mais la formulation est inchangée depuis.

¹⁴²² CJCE, Affaire 144/86, 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik KG contre Giulio Palumbo*, Recueil 1987 page 04861, Conclusions G. F. Mancini. Voir spécialement le point 11 de la décision : « *eu égard aux objectifs susmentionnés poursuivis par la convention et à la circonstance que le texte de l'article 21, au lieu de se référer au terme de "litispendance" tel qu'il est employé dans les différents ordres juridiques nationaux des États contractants, énonce plusieurs conditions matérielles en tant qu'éléments d'une définition, il faut conclure que les notions utilisées à l'article 21 pour déterminer une situation de litispendance doivent être considérées comme autonomes* ».

¹⁴²³ CJCE, Affaire C406/92, 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" contre the owners of the ship "Maciej Rataj"*, Recueil 1994 page I-05439, Conclusions Tesauro, point 31 de la décision : « *l'identité des parties doit être entendue indépendamment de la position de l'une et de l'autre dans les deux procédures, le demandeur à la première procédure pouvant être le défendeur à la seconde* ».

¹⁴²⁴ *Ibid.*, point 39.

¹⁴²⁵ En ce sens, voir GRARD (L.), « La communautarisation de "Bruxelles I" », *RGDIP*, 2013, p.529

force obligatoire du contrat¹⁴²⁶. De même, une action en responsabilité et une action en déclaration de non-responsabilité ont également des objets identiques¹⁴²⁷. Une autre précision a été apportée par la jurisprudence à propos des éléments à prendre en compte dans la détermination de l'objet. Dans l'arrêt *Gantner*¹⁴²⁸, une société autrichienne met fin à ses relations commerciales avec une société néerlandaise pour défaut de paiement des marchandises. Cette dernière assigne, aux Pays-Bas, la société autrichienne en dommages et intérêts pour rupture abusive (rupture brutale après plus de 40 ans de relations). De son côté, peu après, la société autrichienne introduit une action devant les juridictions autrichiennes en paiement. La société néerlandaise oppose la litispendance et demande le sursis à statuer. Dans chacun des deux litiges était soulevée la compensation de certaines créances. Les juges européens ont alors rejeté l'identité d'objet, allant ainsi à l'encontre de la conception large de la notion amorcée dans l'arrêt *Gubisch*¹⁴²⁹. La précision plus générale est le fait que pour déterminer l'objet d'une demande, il ne faut tenir compte que des demandes initiales et non des moyens de défense. Comme le note Monsieur le Professeur Pataut, la solution se justifie. D'une part, la litispendance, et donc l'identité d'objet, doivent s'apprécier au jour de la saisine. Or, à cette date, les moyens de défense n'ont, par définition, pas été présentés¹⁴³⁰. D'autre part, il ressort de cette décision une certaine efficacité procédurale : le mécanisme européen de litispendance est un système simple qui se complexifierait si on prenait en compte les défenses. Mais l'annotateur va plus loin encore. Il interprète la solution dégagée par la Cour de justice comme une affirmation implicite de la règle selon laquelle la litispendance, comme en droit français, doit être soulevée *in limine litis*¹⁴³¹. La règle qui ressort de cette analyse a ses faveurs, bien qu'il regrette l'absence de transparence :

¹⁴²⁶ Voir les points 16 et 17 de l'arrêt : « 16. En particulier lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de la vente internationale d'objets mobiliers corporels, il apparaît que la demande d'exécution du contrat a pour but de rendre celui-ci efficace, et que la demande d'annulation et de résolution a précisément pour but de lui ôter toute efficacité. La force obligatoire du contrat se trouve ainsi au centre des deux litiges. Si la demande en annulation ou en résolution est la demande ultérieure, elle peut même être considérée comme ne constituant qu'un moyen de défense contre la première demande, présentée sous forme d'action autonome devant un tribunal d'un autre État contractant. 17. Dans ces conditions procédurales, force est de constater que les deux litiges ont le même objet, cette dernière notion ne pouvant être restreinte à l'identité formelle des deux demandes. »

¹⁴²⁷ *The ship Tatry* précitée.

¹⁴²⁸ CJCE, Affaire C-111/01, 8 mai 2003, *Gantner Electronic GmbH contre Basch Exploitatie Maatschappij BV*, Recueil 2003 page I-04207, Conclusions Philippe Léger.

¹⁴²⁹ En ce sens, voir PATAUT (E.), note *RCDIP*, 2003, p.544

¹⁴³⁰ Dans le même sens, voir MARMISSE (A.), « La litispendance s'apprécie au regard des prétentions des demandeurs, à l'exclusion des moyens de défense », *RTD Com.*, 2003, p.607

¹⁴³¹ *Ibid.*, p.557 : « Alors qu'en apparence c'est à une définition de l'objet de la demande que la Cour s'est attelée, il est permis de se demander si elle n'a pas en réalité simplement posé une règle, finalement très proche à la fois de la solution française et de la solution qu'elle avait déjà arrêtée dans l'arrêt *Zelger*, selon laquelle l'exception de litispendance ne peut être soulevée qu'à un moment déterminé du procès »

« Derrière une règle sur l'objet se dissimulerait alors une importante précision sur le régime juridique de la litispendance. La solution n'est pas déraisonnable. Sans doute eût-elle toutefois gagné en clarté à être présentée pour ce qu'elle est »¹⁴³².

La dernière précision apportée par la jurisprudence à propos de la définition des conditions d'exercice de la litispendance a trait aux clauses attributives de juridiction. Dans l'arrêt *Gasser*¹⁴³³, la Cour de justice devait répondre à la question de savoir si la juridiction saisie en second lieu en application d'une clause attributive de juridiction pouvait ou non déroger aux règles de litispendance en statuant sans attendre que le premier juge se soit déclaré incompétent. Relevant notamment que les parties pourraient décider d'écarter la clause attributive de juridiction, les juges européens ont décidé que la nature exclusive de la compétence du juge second saisi découlant de la clause ne permettait pas de déroger aux règles fixées par la Convention. Dès lors, le juge doit surseoir à statuer en attendant que le premier décline sa compétence, même si les procédures sont excessivement longues. Critiquée, cette solution a été abandonnée par le législateur européen lors de la refonte du règlement. Ainsi, en vertu de l'article 31, depuis le 10 janvier 2015, les juridictions saisies – même en second lieu – en application d'une clause attributive de compétence ne se voient pas soumises à la règle du sursis à statuer. Ce sont les autres juridictions, y compris celles saisies antérieurement qui devront s'y plier, dans l'attente que la clause soit – ou non – déclarée valable puis, au besoin, se dessaisir¹⁴³⁴.

380. Connexité. La connexité a aussi connu des précisions. Elle se définit, aux termes de l'article 28 du règlement Bruxelles I, comme les cas où « *les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément* ». Il y a lieu, dans ces conditions, de préciser ce que recouvre la notion de décisions inconciliables.

¹⁴³² *Ibid.*, p.558. Pour une règle matérielle explicite en ce sens, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 2, §1.

¹⁴³³ CJCE, Affaire C-116/02, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH contre MISAT Srl.*, Recueil 2003 page I-14693, Conclusions Philippe Léger.

¹⁴³⁴ « 2. Sans préjudice de l'article 26, lorsqu'une juridiction d'un État membre à laquelle une convention visée à l'article 25 attribue une compétence exclusive est saisie, toute juridiction d'un autre État membre sursoit à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie sur le fondement de la convention déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de la convention.

3. Lorsque la juridiction désignée dans la convention a établi sa compétence conformément à la convention, toute juridiction d'un autre État membre se dessaisit en faveur de ladite juridiction.

4. Les paragraphes 2 et 3 ne s'appliquent pas aux matières visées dans les sections 3, 4 ou 5 lorsque le preneur d'assurance, l'assuré, un bénéficiaire du contrat d'assurance, la victime, le consommateur ou le travailleur est le demandeur et que la convention n'est pas valide en vertu d'une disposition figurant dans lesdites sections. »

C'est par un arrêt du 6 décembre 1994, *The Ship Tatry*¹⁴³⁵, que la Cour de justice a apporté des éléments de réponse. Au point 53 de la décision, les juges européens ont estimé que pour « *satisfaire l'objectif d'une bonne administration de la justice, cette interprétation doit être large et comprendre tous les cas où il existe un risque de contrariété de solutions, même si les décisions peuvent être exécutées séparément et si leurs conséquences juridiques ne s'excluent pas mutuellement* ».

Toutefois, Madame le Professeur Lemaire note que « *si l'exception de litispendance internationale se présente comme un instrument parfaitement identifié et donc opérationnel, l'exception de connexité reste floue* »¹⁴³⁶. Tentant dès lors d'éclaircir la notion, l'auteur opère une distinction entre « *l'inconciliabilité des décisions* »¹⁴³⁷, combattue par la litispendance, et « *l'incohérence des décisions* »¹⁴³⁸ que prévient la connexité. À partir des faits de l'arrêt *Ship Tatry*, et confortée par la jurisprudence ultérieure¹⁴³⁹, elle définit l'incohérence comme « *la contrariété entre des décisions rendues à l'occasion de litiges différents – ce qui la distingue de l'inconciliabilité –, mais qui tranchent une ou plusieurs questions litigieuses identiques* »¹⁴⁴⁰. Plus précisément, en retenant l'existence d'une litispendance partielle, la connexité internationale ne serait ouverte que lorsque les deux litiges opposent des parties différentes dont les demandes portent sur des questions identiques¹⁴⁴¹.

381. Règles de fond de procédure. L'inventaire rapide qui vient d'être dressé montre clairement la différence entre ces instruments et ceux de pure coopération. Il ne s'agit pas ici de poser des règles de procédure de forme, accompagnant le recours à la méthode conflictuelle sur le fond du problème procédural, mais bien de développer des règles de procédure de fond. Elles ne touchent toutefois, à chaque fois, qu'un aspect particulier de la procédure. Un dernier type d'instruments européens démontrent une harmonisation encore plus poussée des règles matérielles en créant des procédures uniformes spécifiques à certains litiges.

¹⁴³⁵ CJCE, Affaire C-406/92, 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" contre the owners of the ship "Maciej Rataj"*, Recueil 1994 page I-05439, Conclusions Tesauro.

¹⁴³⁶ LEMAIRE (S.), « La connexité internationale », *TCFDIP*, 2008-2010, p.95, spéc. p.96

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p.100

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p.101

¹⁴³⁹ Voir le point 26 de l'arrêt *Roche Nederland* (CJCE, Affaire C539/03, 13 juillet 2006, *Roche Nederland BV e.a. contre Frederick Primus et Milton Goldenberg*, Recueil 2006 page I-06535, Conclusions Léger) ; et le point 40 de l'arrêt *Freeport* (CJCE, Affaire C98/06, 11 octobre 2007, *Freeport plc contre Olle Arnoldsson*, Recueil 2007 page I-08319, Conclusions Mengozzi) : « *pour que des décisions puissent être considérées comme contradictoires, il ne suffit pas qu'il existe une divergence dans la solution du litige, mais il faut encore que cette divergence s'inscrive dans le cadre d'une même situation de fait et de droit* ».

¹⁴⁴⁰ LEMAIRE (S.), *op. cit.*, p.102

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p.103

§3 : LES INSTRUMENTS PORTANT CREATION D'UNE PROCEDURE UNIFORME SPECIFIQUE

382. Harmonisation des procédures spéciales. Nous l'avons déjà dit, la procédure civile n'est pas, et ne doit pas, être entièrement harmonisée. Néanmoins, certaines procédures spécifiques, dont l'impact sur le marché intérieur semble indéniable tant il s'agit de procédures dont l'objectif est le recouvrement rapide et facile des créances, font l'objet d'une réglementation européenne marquée par une certaine complétude. À ce propos, Monsieur le Professeur Jeuland estime « *que l'on élabore la procédure civile européenne à partir des contentieux spéciaux* »¹⁴⁴². Elles sont au nombre de deux : l'injonction de payer européenne (A) et le règlement européen des petits litiges (B).

A. L'injonction de payer européenne

383. Généralités. La première procédure spéciale harmonisée est l'injonction de payer européenne adoptée en 2006¹⁴⁴³. Entrée en vigueur le 31 décembre 2006, lendemain de sa publication, le règlement n'est toutefois applicable que depuis le 12 décembre 2008¹⁴⁴⁴. Facultatif en ce que les parties n'ont pas l'obligation d'y recourir même si les conditions requises sont remplies, il a pour objet de faciliter le recouvrement de créances incontestées. Les règles particulières relatives à la procédure nouvellement créée ont été insérées aux articles 1424-1 à 1425 du Code de procédure civile par le décret n°2008-1346 du 17 décembre 2008¹⁴⁴⁵. L'instrument adopté est le fruit de recherches de droit comparé, mais « *employé de manière orientée, à raison du parti pris favorable à l'efficacité maximale de l'institution, au détriment du respect des équilibres majoritaires des droits internes* »¹⁴⁴⁶. Du point de vue procédural, il harmonise, comme nous allons le voir, des règles matérielles telles que l'acte introductif d'instance¹⁴⁴⁷, l'office du juge dans le déroulement de la procédure, ou encore les délais de procédure.

¹⁴⁴² JEULAND (E.), « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p.55, spéc. p.66

¹⁴⁴³ Règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, JOUE L399 du 30 décembre 2006

¹⁴⁴⁴ BERAUDO (J.-P.) et BERAUDO (M.-J.), « Injonction de payer européenne et procédure européenne de règlement des petits litiges », *J.-Cl. International*, Fasc. 660

¹⁴⁴⁵ Décret n°2008-1346 du 17 décembre 2008 relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges, JORF n°0295 du 19 décembre 2008, p. 19478, texte n° 30

¹⁴⁴⁶ LOPEZ DE TEJADA (M.) et D'AVOUT (L.), « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *RCDIP*, 2007, p.717

¹⁴⁴⁷ C'est d'ailleurs les prémisses d'une réglementation matérielle de l'acte introductif d'instance qui ne porterait pas seulement sur sa transmission, mais également sur son établissement. En ce sens, voir LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice

384. Champ d'application. L'injonction de payer européenne est ouverte dans le cadre de litiges transfrontaliers définis, selon l'article 3, par la divergence entre l'État membre dans lequel l'une des parties a son domicile ou sa résidence et celui où est établie la juridiction saisie. Si contrairement au droit français aucun plafond n'est posé¹⁴⁴⁸, la réglementation ne s'applique qu'aux créances pécuniaires liquides et exigibles issues, à quelques exceptions près, d'obligations contractuelles.

385. Procédure. La procédure harmonisée est largement simplifiée, du début à la fin, par l'utilisation, maintenant traditionnelle, de formulaires types¹⁴⁴⁹. Ces formulaires constituent déjà des règles matérielles en ce qu'ils imposent la forme des actes de procédure, notamment de l'acte introductif d'instance. La demande est ainsi introduite à l'aide d'un tel document comportant les mentions obligatoires de l'article 7¹⁴⁵⁰, par exemple les éléments démontrant le caractère transfrontalier du litige. Les sanctions en cas de déclaration mensongère sont celles prévues par l'État membre d'origine, et le demandeur doit en être informé. De plus, si les éléments de preuve doivent être décrits dans la demande, ils n'ont pas à être joints. La demande est portée devant la juridiction désignée par le règlement Bruxelles I, et le juge doit, en vertu de l'article 8, vérifier d'office sa compétence. Elle est adressée par voie postale ou électronique, la première étant la seule acceptée par la France¹⁴⁵¹. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment précisé, dans ce qui constitue la première

Sophia-Antipolis, 2013, spéc. n°285, p.236. Pour plus de développements sur une éventuelle harmonisation de l'acte introductif d'instance, voir *infra*, Chapitre 2, Section 2, §3, A.

¹⁴⁴⁸ JEULAND (E.), « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européenne : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p.55, spéc. p.66 : l'absence de limitation pourra rendre plus attractif le règlement dans les États où une telle exigence existe tel qu'en France.

¹⁴⁴⁹ Pour Madame Storskrubb, il est cependant vraisemblable que le profane ne puisse pas, seul, et malgré l'absence d'obligation de constituer avocat, compléter ces formulaires notamment par rapport aux règles de Bruxelles I ou à la définition du litige transfrontalier. STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. pp.214-215.

¹⁴⁵⁰ « Article 7 – Demande d'injonction de payer européenne »

1. Une demande d'injonction de payer européenne est introduite au moyen du formulaire type A figurant à l'annexe I.

2. La demande comprend les éléments suivants : a) le nom et l'adresse des parties, et le cas échéant de leurs représentants, ainsi que de la juridiction saisie de la demande ; b) le montant de la créance, notamment le principal et, le cas échéant, les intérêts, les pénalités contractuelles et les frais ; c) si des intérêts sont réclamés sur la créance, le taux d'intérêt et la période pour laquelle ces intérêts sont réclamés, sauf si des intérêts légaux sont automatiquement ajoutés au principal en vertu du droit de l'État membre d'origine ; d) la cause de l'action, y compris une description des circonstances invoquées en tant que fondement de la créance et, le cas échéant, des intérêts réclamés ; e) une description des éléments de preuve à l'appui de la créance ; f) les chefs de compétence ; et g) le caractère transfrontalier du litige au sens de l'article 3.

3. Dans la demande, le demandeur déclare qu'à sa connaissance les informations fournies sont exactes et reconnaît que toute fausse déclaration intentionnelle risque d'entraîner les sanctions prévues par le droit de l'État membre d'origine. »

¹⁴⁵¹ Article 1424-2 du Code de procédure civile : « Le formulaire de demande d'injonction de payer européenne est remis ou adressé par voie postale au greffe de la juridiction ».

jurisprudence portant sur l'injonction de payer européenne, que la liste des conditions de recevabilité de la demande contenue dans le formulaire et le règlement était exhaustive¹⁴⁵². Les règles de procédure nationales ne doivent pas s'y ajouter. On est bien dans le cadre de règles matérielles de procédure harmonisées.

Le contrôle qui s'ensuit est purement formel, le contradictoire – règle procédurale pourtant essentielle – étant rejeté à cette étape de la procédure. L'utilisation de codes sur les formulaires permet même un traitement préalable automatisé des demandes qui donnerait la possibilité d'écarter rapidement les demandes insuffisamment renseignées. Dans la mesure où aucune pièce justificative n'est demandée, la juridiction ne se prononce que sur les quelques éléments de la demande. L'office du juge est dès lors, par cette harmonisation, considérablement allégé. Le règlement impose même les différents types de décision qu'il peut prendre. Il a alors quatre options. Il peut demander un complément d'information. Il peut également, proposer une modification de la demande si celle-ci ne semble que partiellement bien fondée. En cas de refus, le rejet sera inévitable, l'acceptation partielle étant impossible. Il peut évidemment, notamment si les conditions ne sont pas réunies ou si les éléments ne sont pas satisfaisants, rejeter la demande. Ce rejet est insusceptible de recours, mais n'a pas d'autorité de chose jugée¹⁴⁵³. Enfin, la juridiction peut accepter la demande et délivrer une injonction de payer européenne dans les trente jours, le délai de procédure étant ici unifié. Celle-ci est alors notifiée au débiteur avec une copie de la demande et un formulaire d'opposition. Le règlement fixe quelques règles minimales de signification analogues à celles du titre exécutoire européen. L'article 1424-5 du Code de procédure civile français prévoit la signification.

¹⁴⁵² CJUE, Affaire C-215/11, 13 décembre 2012, *Szyrocka c/SiGer Technologie GmbH*, Conclusions Mengozzi ; *D.*, 2013, p.23 ; *ibid.* p.1503, obs. F. Jault-Seseke ; *Europe* n°2, février 2013, comm. 108, note L. Idot ; GUINCHARD (E.), « Première jurisprudence européenne sur la première procédure civile européenne », *RTDE*, 2013, p.335. Si la demande était assez précise, la formulation générale de la réponse apportée par les juges européens ne laisse pas de place pour l'interprétation de la solution. Monsieur Guinchard relève, par conséquent, que le juge ne pourra pas exiger la production des preuves décrites pour juger la demande recevable.

¹⁴⁵³ « Article 11 – Rejet de la demande »

1. La juridiction rejette la demande si : a) les conditions énoncées aux articles 2, 3, 4, 6 et 7 ne sont pas réunies ; ou b) la demande est manifestement non fondée ; ou c) le demandeur omet d'envoyer sa réponse dans le délai fixé par la juridiction en vertu de l'article 9, paragraphe 2 ; ou d) le demandeur omet d'envoyer sa réponse dans le délai fixé par la juridiction ou s'il refuse la proposition de la juridiction, conformément à l'article 10.

Le demandeur est informé des motifs du rejet au moyen du formulaire type D figurant dans l'annexe IV.

2. Le rejet de la demande n'est pas susceptible de recours.

3. Le rejet de la demande n'empêche pas le demandeur de faire valoir la créance au moyen d'une nouvelle demande d'injonction de payer européenne ou de toute autre procédure prévue par le droit d'un État membre. »

Les voies et délais de recours contre cette injonction sont également harmonisés. Le débiteur dispose alors d'un délai de trente jours¹⁴⁵⁴ pour s'opposer sans justification, à l'aide d'un formulaire type, à l'injonction. La procédure se poursuit alors selon la réglementation ordinaire du juge saisi. En l'absence d'opposition dans les délais, l'injonction devient exécutoire, et aucune procédure *d'exequatur* n'est requise dans les autres États membres. La reconnaissance ne peut même pas être contestée. L'article 20 du règlement prévoit des cas de réexamen exceptionnel de l'injonction malgré l'écoulement du délai. Il est notamment prévu un tel recours lorsque « *le défendeur a été empêché de contester la créance pour cause de force majeure ou en raison de circonstances extraordinaires, sans qu'il y ait faute de sa part* » ou « *lorsqu'il est manifeste que l'injonction de payer a été délivrée à tort, au vu des exigences fixées par le présent règlement, ou en raison d'autres circonstances exceptionnelles* ». S'est alors posée la question de la définition de ces circonstances extraordinaires ou exceptionnelles. Sans les définir précisément, la Cour de justice de l'Union européenne a toutefois eu récemment l'occasion d'affirmer que l'erreur de l'avocat ne constituait pas une telle circonstance¹⁴⁵⁵.

386. Avenir. Récemment, une proposition de modification du règlement a été élaborée¹⁴⁵⁶. Il y est avancé l'idée de permettre l'application de la procédure harmonisée de règlement des petits litiges lorsqu'une opposition est formée à l'encontre de l'injonction¹⁴⁵⁷. Les modifications du règlement en vertu de la proposition sont ainsi extrêmement faibles, malgré les critiques que celui-ci a pu susciter.

¹⁴⁵⁴ Le délai est calculé selon le règlement du 3 juin 1971 : il commence le lendemain de la signification, inclut tous les jours y compris samedi, dimanche et jours fériés, mais si le délai expire un samedi, dimanche ou jour férié, la date d'expiration est reportée au jour ouvrable suivant. Il est par ailleurs rallongé du délai d'acheminement du courrier qui en France s'élève à 10 jours.

¹⁴⁵⁵ CJUE, Ordonnance, Affaire C-324/12, 21 mars 2013, *Novontech-Zala c/Logicdata Electronic & Software Entwicklungs GmbH* ; *Europe* n°5, Mai 2013, comm. 247, note L. Idot ; NOURISSAT (C.), « Injonction de payer européenne », *Procédures*, Juin 2013, comm. 184.

À l'inverse, il est possible de dénoncer une irrégularité par rapport aux normes minimales de procédure (en l'occurrence, l'envoi d'une injonction par lettre recommandée avec accusé de réception à une adresse erronée) après que le délai d'opposition a expiré si l'irrégularité apparaît tardivement (CJUE, Affaire C-119/13, 4 septembre 2014, *eco cosmetics GmbH & Co. KG contre Virginie Laetitia Barbara Dupuy*, Conclusions Yves Bot). Madame le Professeur Idot estime qu'implicitement, le non respect de ces règles minimales fait « *sortir la situation du champ du règlement* », et un renvoi au droit national doit être opéré (IDOT [L.], « Conséquences d'une notification irrégulière », *Europe*, Novembre 2014, comm. 505).

¹⁴⁵⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements IPE et RPL (COM[2013] 794 final du 19 novembre 2013)

¹⁴⁵⁷ Voir l'article 2 de la proposition de règlement modifiant l'article 17 du règlement.

En effet, aucun apport à la procédure même ne semble effectué alors que la doctrine constate une procédure « *en réalité semi-uniforme* »¹⁴⁵⁸ là où il était prévu, aux termes du Considérant 29, une procédure entièrement uniforme. Les auteurs relèvent alors qu'« *entre le vœu annoncé et la réalité mise en place, se trouve un fossé perceptible à première lecture du texte nouveau. La réglementation commune est ou bien imprécise, ou bien poreuse* »¹⁴⁵⁹. L'article 26 du règlement, renvoyant à la loi du for pour tout ce qui n'est pas prévu, est le témoin de cette limite. Et son utilisation semble loin d'être anecdotique. Les auteurs prennent alors l'exemple, très juste, des contrôles imposés à la juridiction par l'article 8 dont les modalités ne sont pas prévues par le règlement et sont donc soumises au jeu de l'article 26. D'autres critiques ont pu être adressées, mais elles ne font pas non plus l'objet d'une réponse dans la proposition de modification. Sont ainsi pointés du doigt le statut juridique des formulaires types, et notamment celui d'opposition, ainsi que le champ d'application spatial du règlement¹⁴⁶⁰. Le critère du seul domicile ne tient pas compte des cas où les parties sont domiciliées dans le même État membre, alors que le patrimoine du débiteur se situe dans un autre État membre. Des réponses à ces questions, certes pas forcément procédurales, mais fort intéressantes en pratique, devraient être apportées par l'Union européenne pour parfaire son instrument pourtant si prometteur, à l'image de la procédure européenne de règlement des petits litiges.

B. La procédure européenne de règlement des petits litiges

387. Généralités. Peu de temps après l'injonction de payer, les instances européennes aboutirent à la création d'une procédure harmonisée de règlement des petits litiges en 2007¹⁴⁶¹. Si à l'origine ce règlement se rattachait plutôt à la protection et à l'information des consommateurs qu'à la coopération judiciaire¹⁴⁶², l'objectif reste le même. Il s'agit de faciliter, par l'instauration d'un instrument facultatif¹⁴⁶³, le recouvrement de petites créances incontestées en harmonisant matériellement la procédure : acte introductif d'instance, délais,

¹⁴⁵⁸ LOPEZ DE TEJADA (M.) et D'AVOUT (L.), « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *RCDIP*, 2007, p.717

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

¹⁴⁶¹ Règlement (CE) n°861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, JOUE L199 du 31 juillet 2007.

¹⁴⁶² BERAUDO (J.-P.) et BERAUDO (M.-J.), « Injonction de payer européenne et procédure européenne de règlement des petits litiges », *J.-Cl. International*, Fasc. 660, spéc. n°3

¹⁴⁶³ Il a pu être soulevé la compatibilité du règlement au principe de subsidiarité en raison de ce caractère facultatif (STORSKRUBB [E.], *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. p.229).

ou voies de recours font l'objet d'un rapprochement. Applicable depuis le 1^{er} janvier 2009, le règlement fait l'objet de règles particulières en droit français adoptées par le décret de 2008 précédemment cité et insérées aux articles 1382 à 1391 du Code de procédure civile.

388. Champ d'application. Du point de vue territorial, le règlement de 2007 couvre exactement les mêmes litiges que ceux relevant de l'injonction de payer européenne. Ainsi, il ne s'applique qu'aux litiges transfrontaliers définis selon le domicile des parties et l'État membre dans lequel se trouve la juridiction. En revanche, il concerne toute demande chiffrable, peu important qu'il s'agisse d'une créance pécuniaire liquide, ne dépassant pas les 2 000 euros au jour de l'introduction de la demande. Certaines matières sont exclues, notamment les créances issues du droit du travail, ou encore les obligations alimentaires¹⁴⁶⁴.

389. Procédure. La procédure est totalement écrite, mais le principe du contradictoire s'applique dès le départ. L'article 19 du règlement opère un renvoi au droit national pour tout ce qui n'est pas prévu par la législation européenne. Les délais de procédure harmonisés sont encore une fois calculés par rapport au règlement de 1971. La demande est émise *via* un formulaire type adressé à la juridiction compétente¹⁴⁶⁵ par tout moyen qu'elle accepte (voie postale, électronique ou télécopie). Il s'agit là encore, d'un acte introductif d'instance unifié¹⁴⁶⁶. En France, l'article 1383 du Code de procédure civile dispose que « *Le formulaire de demande est remis ou adressé par voie postale au greffe de la juridiction* ». Il contient certaines mentions obligatoires, notamment une motivation sommaire de la demande et la liste des éléments de preuve, ainsi que toutes pièces justificatives utiles dans la langue de la juridiction. La représentation n'est pas obligatoire. Ainsi, l'acte introductif d'instance est harmonisé dans son établissement, et dans sa transmission.

Du point de vue de l'office du juge, et du déroulement de l'instance, la juridiction saisie vérifie dans un premier temps l'applicabilité du règlement. Dans le cas où les conditions

¹⁴⁶⁴ « Article 2 – Champ d'application [...] »

2. Sont exclus de l'application du présent règlement : a) l'état et la capacité des personnes physiques ; b) les régimes matrimoniaux, obligations alimentaires, testaments et successions ; c) les faillites, concordats et autres procédures analogues ; d) la sécurité sociale ; e) l'arbitrage ; f) le droit du travail ; g) les baux d'immeubles, exception faite des procédures relatives à des demandes pécuniaires ; h) les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation. »

¹⁴⁶⁵ La compétence est déterminée par application du règlement Bruxelles I, mais il n'y a pas de vérifications d'office supplémentaires par rapport aux dispositions de 2000. Les articles L221-4-1 du Code de l'organisation judiciaire et L721-3-1 du Code de commerce attribuent compétence au tribunal d'instance et aux juridictions commerciales.

¹⁴⁶⁶ LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013, spéc. n°285, p.236. Pour plus de développements sur une éventuelle harmonisation de l'acte introductif d'instance, voir *infra*, Chapitre 2, Section 2, §3, A.

ne sont pas remplies, et que le demandeur ne retire pas sa demande après en avoir été informé, la procédure se poursuit selon la loi du for. Dans un second temps, les juges saisis opèrent un contrôle superficiel préalable relatif au sérieux de la demande. À l'issue de cet examen, la demande manifestement irrecevable ou mal fondée est rejetée, sans qu'un recours ne soit possible. Cette décision n'a cependant pas autorité de chose jugée sur le fond. Il peut, en outre, être accordé un délai au demandeur pour rectifier ou compléter la demande. Enfin, la procédure peut être poursuivie.

L'instance poursuivie fait l'objet d'une notification au défendeur dans les quatorze jours par lettre recommandée avec accusé de réception. Le défendeur dispose alors d'un délai de trente jours pour accepter, rejeter en tout ou partie, fournir toutes pièces utiles, demander une audience, former une demande reconventionnelle... Sauf dans ce dernier cas, l'utilisation des formulaires types de réponse est facultative. Cette réponse est notifiée dans les quatorze jours selon les mêmes règles. En cas de demande reconventionnelle dans les limites du règlement¹⁴⁶⁷, le demandeur bénéficie d'un délai de réponse de trente jours. La juridiction doit alors statuer dans les trente jours. Elle peut prendre une décision au fond, demander des explications complémentaires, obtenir des preuves supplémentaires¹⁴⁶⁸, ou même convoquer les parties à une audience dans les trente jours. On le voit ici, ce sont donc même les délais de procédure qui font l'objet d'une unification.

La décision ainsi obtenue est exécutoire par provision et de plein droit dans tous les États membres de l'Union européenne. La reconnaissance n'est pas contestable. La notification doit être entreprise selon la loi du for, de même que les voies de recours. Toutefois, comme pour l'injonction de payer européenne, il est prévu des cas exceptionnels de réexamen de la décision.

390. Avenir. La proposition de modification est plus étoffée s'agissant du règlement des petits litiges. Sans doute est-ce le résultat d'un état de fait : la procédure telle qu'elle existe aujourd'hui est méconnue et sous-utilisée¹⁴⁶⁹. Toutefois, examinées par la commission des lois du Sénat, les modifications suggérées ne semblent pas avoir les faveurs du législateur

¹⁴⁶⁷ Dans le cas contraire, la procédure est renvoyée à la loi du for.

¹⁴⁶⁸ JEULAND (E.), « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européenne : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p.55, spéc. p.76 : aucune référence au règlement sur l'obtention des preuves n'est faite, mais quelques règles harmonisées sur la preuve sont instaurées ; ainsi, on observe une limitation de l'expertise, et une incitation à l'utilisation de nouvelles technologies (par exemple, pour l'audition d'un témoin).

¹⁴⁶⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements IPE et RPL (COM[2013] 794 final du 19 novembre 2013), Point 1.2 de l'exposé des motifs.

français¹⁴⁷⁰. Si l'élargissement de la notion de litige transfrontière n'apparaît pas comme problématique, le plafonnement des frais à 10 % du montant du litige et l'obligation de vidéoconférence posent d'évidents problèmes budgétaires. La question du montant des frais plafonné inquiète en ce que les frais nécessaires, tels que le frais de traduction, au-delà de la limite autorisée, risquent de peser sur les États. De même, la vidéoconférence suppose un équipement dont le coût devra être supporté par ces derniers. Sur ce point, il est alors proposé de laisser cette possibilité optionnelle. Par ailleurs, les sénateurs regrettent la faveur accordée aux notifications électroniques au détriment de la voie postale. De même, le renforcement du caractère exceptionnel des audiences se poserait comme restrictif à la liberté d'appréciation du juge. Enfin, et surtout, c'est, du point de vue du droit français, la proposition de relever le montant maximum de 2 000 à 10 000 euros qui amène le plus de réticences. Les législateurs pointent du doigt une incohérence avec le montant maximum des procédures simplifiées françaises s'élevant à 4 000 euros. Cette différence créerait alors des inégalités entre les plaideurs français selon l'existence ou non d'un élément d'extranéité. Le législateur français semble le refuser malgré le fait qu'une divergence existe déjà aujourd'hui en sens inverse.

Malgré ces quelques réticences et les ajustements à faire, l'objectif de créer des procédures transfrontières harmonisées pour faciliter le recouvrement des créances est en voie d'être accompli par l'Union européenne. Il se fait à la faveur de règles matérielles de procédure assez originales dans l'Union européenne portant notamment sur le contenu de l'acte introductif d'instance, les voies de recours, ou encore les délais de procédure.

391. Conclusion de la section. Forte de son objectif qu'est la création d'un espace judiciaire européen, l'Union européenne s'est déjà dotée d'un arsenal législatif établissant des règles matérielles de procédure dans les litiges transfrontières. En dehors des procédures spéciales complètes, ou semi-complètes, qui harmonisent nombre de règles matérielles de procédure – acte introductif d'instance, délais de procédure... – des problèmes comme la signification, l'obtention des preuves à l'étranger, ou encore la médiation – pour ne reprendre que quelques exemples – font aujourd'hui l'objet d'une réglementation rapprochée sur la forme, ou sur le fond. La question qui se pose désormais est de savoir si l'adoption de telles règles dans un contexte institutionnalisé tel que l'Union européenne apporte des facteurs d'efficacité à ces dispositions. Si de tels facteurs existent, cela nous conduira à continuer dans cette voie pour compléter le système en place.

¹⁴⁷⁰ Proposition de résolution européenne du Sénat n°273 présentée au nom de la commission des lois par Simon Sutour et adoptée le 8 janvier 2014

SECTION 2 : L'EFFICACITE DES REGLES MATERIELLES PROCEDURALES DEJA ADOPTÉES

392. Une efficacité perfectible. L'objectif des règles matérielles procédurales est clair. Il s'agit de rapprocher les législations, de gommer les divergences constituant des barrières à l'édification de l'espace judiciaire européen¹⁴⁷¹. De ce point de vue, la cohérence de l'espace judiciaire européen est certaine¹⁴⁷². Toutefois, la question de l'efficacité de ces instruments, et surtout du contexte dans lequel ils se placent, se pose. Ainsi, les techniques utilisées dans la mise en œuvre d'une réglementation uniformisée dans notre matière ont pu, parfois, faire naître des doutes quant à leur adéquation avec l'objectif affiché (§1). Le problème de cohérence est alors fréquemment pointé du doigt. Pourtant, force est de constater que l'expérience de ces règles matérielles de procédure instaurées dans le cadre de l'Union européenne offre d'indéniables garanties d'efficacité (§2). Celles-ci nous conduiront à poursuivre dans cette voie, bien que perfectible, de la création de règles matérielles de procédure par l'Union européenne pour les litiges transfrontières.

§1 : LES FACTEURS D'INEFFICACITE DES REGLES MATERIELLES PROCEDURALES EUROPEENNES

393. Double difficulté. Le développement des instruments européens de droit international privé, et particulièrement des instruments procéduraux, soulève fréquemment la question de leur cohérence. C'est notamment le recoupement, entre instruments, de certaines règles qui suscite les critiques (**B**). Toutefois, si cette incohérence est le principal reproche, là n'est pas la seule source d'inquiétudes. En effet, cela peut surprendre de prime abord, mais la multiplication des notions autonomes appelle à certaines réserves (**A**).

A. Le problème des notions autonomes

394. Difficulté soulevée. Si elle apparaît pourtant, et nous en sommes convaincue¹⁴⁷³, comme l'un des facteurs majeurs d'efficacité des instruments européens, le recours aux notions autonomes n'est néanmoins pas exempt de toute crainte. Monsieur le Professeur Mathias Audit estime à ce propos que « *L'adéquation entre cette méthode, l'identification et la définition de notions autonomes, et cet objectif, la construction d'un espace judiciaire le*

¹⁴⁷¹ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1

¹⁴⁷² NORMAND (J.), « Conclusions », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.167

¹⁴⁷³ Cf. *infra*, §2

plus uniforme possible, prête toutefois à discussion. Contrairement à une idée souvent reçue, il n'est pas du tout évident que la méthode serve au mieux cet objectif »¹⁴⁷⁴.

La difficulté tiendrait dans le fait que ces notions autonomes doivent ensuite être appliquées par les juridictions nationales. Or, elles ne sont pas inscrites au sein d'un système normatif complet regroupant tant la doctrine que les règles matérielles textuelles ou jurisprudentielles¹⁴⁷⁵. Pour reprendre les termes de l'auteur, « *en réalité, ces concepts sont dépourvus d'une réelle signification au regard de leur ordre juridique d'origine, c'est-à-dire le droit de l'Union européenne* »¹⁴⁷⁶. Partant, elles doivent s'adapter aux différents droits internes, qui eux-mêmes doivent s'y confronter. Dès lors, les juridictions nationales devront parfois s'appuyer sur leur propre loi pour interpréter ou qualifier les notions autonomes dégagées par la Cour de justice, d'où un retour à la relativité de l'application des instruments européens¹⁴⁷⁷. L'efficacité du rapprochement pourtant souhaité à travers ces instruments s'en trouverait annihilée, d'autant plus que la jurisprudence de la Cour elle-même n'est pas exempte de contradictions¹⁴⁷⁸.

395. Nuance de la critique. Toutefois, nous pensons devoir nuancer cette critique. En effet, s'il ne s'agit pas, nous l'avons déjà répété, de créer un système procédural unifié complet, la démarche de l'Union européenne tend vers un développement de règles matérielles. C'est également notre propos. Par conséquent, les notions autonomes dégagées par les juges européens reposent de plus en plus sur une législation matérielle qui justement faisait défaut dans le raisonnement tenu par Monsieur le Professeur Audit.

Il est même possible, parfois, de dire que ce sont ces règles matérielles qui nécessitent l'adoption de notions autonomes. Ainsi, la définition européenne de la saisine de la juridiction¹⁴⁷⁹ correspondait à un besoin pour l'application uniformisée d'une règle européenne de procédure, à savoir la gestion des conflits de procédures. Il nous semble dès lors que dans notre contexte, l'adoption de notions autonomes, et plus généralement le travail opéré par la Cour de justice de l'Union européenne sont facteurs d'efficacité. Certes, ils sont

¹⁴⁷⁴ AUDIT (M.), « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, spéc. n°13, p.797

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, n°36 et s., p.805 et s.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, p.806

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, n°46 et s., p.809 et s.

¹⁴⁷⁸ AZZI (T.), « La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.43. Mais le risque n'existe-t-il pas devant toute autre juridiction ? Partant, ce n'est pas un facteur d'inefficacité propre à l'Union européenne, et surtout, il ne permet pas d'établir que l'action régionale serait plus inefficace qu'une action nationale.

¹⁴⁷⁹ Cf. *supra*, Section 1, §2, B., 2.

imparfaits, mais nécessaires pour parvenir à l'objectif visant à supprimer les obstacles à l'instauration d'un espace judiciaire européen. Le problème de la cohérence entre les divers instruments adoptés nous semble, en revanche, plus problématique dans cette optique, et appellera, sans doute, des modifications.

B. Le problème de la cohérence

396. Position du problème. C'est donc la question de la cohérence entre les instruments qui suscite le plus de questions. Celle-ci se définirait « *en droit judiciaire européen en matière civile et commerciale, [...] comme une propriété de ce droit impliquant que les règles qui le composent s'organisent selon un rapport ordonné et non-contradictoire, tant entre elles qu'à l'égard des principes qui les régissent* »¹⁴⁸⁰. L'auteur dénonce une incohérence du droit judiciaire européen à la fois horizontale – ayant trait à la méthode et au fondement des textes¹⁴⁸¹ –, mais aussi une incohérence verticale, en raison des divergences de définition des fondements, et surtout, des résultats¹⁴⁸².

La première source d'incohérence quant aux résultats tient dans le régime dérogatoire accordé à certains États¹⁴⁸³. Par exemple, la directive sur la médiation a pour vocation de faciliter pour le justiciable l'accès à ce type de règlement des litiges dans l'espace judiciaire européen. L'exclusion du Danemark de cet instrument empêche la réalisation pleine et entière de cet objectif.

La seconde, et sans aucun doute plus importante source d'incohérence réside dans la multiplication de règles similaires contenues dans des instruments différents. Ainsi, Monsieur le Professeur Jeuland dénonce un « *empilement de textes* », et estime que celui-ci « *crée par ailleurs un empilement de règles sur des sujets pourtant identiques* »¹⁴⁸⁴. Pour l'auteur, la thématique de la signification et la notification des actes est particulièrement parlante. Alors qu'il existe un règlement ayant pour objet même cette question, le titre exécutoire européen prévoit aux articles 13 à 15 des règles de notification et de signification des actes. Par ailleurs, l'article 28 opère un renvoi au règlement sur la signification et la notification des actes à l'étranger. La confrontation des méthodes est elle-même incohérente puisque le premier se

¹⁴⁸⁰ COMPAIN (A.), *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Nantes, 2012, n°8, p.27

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, Partie 1

¹⁴⁸² *Ibid.*, Partie 2

¹⁴⁸³ CORNETTE (F.), « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p. 11

¹⁴⁸⁴ JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.110.

fonde plutôt sur la méthode conflictuelle alors que le second opère un rapprochement matériel. Certes, certaines garanties se recoupent et la conformité de la notification d'un acte aux exigences de l'un entraînera nécessairement conformité à l'autre. Toutefois, comme le note Madame Fanny Cornette, « *l'absence d'harmonisation est tout de même intellectuellement très gênante ; elle va se révéler en pratique très perturbante dans le cadre des règlements ayant repris le concept de normes minimales* »¹⁴⁸⁵. Cette absence de cohérence est d'autant plus problématique dans le cadre des procédures spéciales entièrement harmonisées¹⁴⁸⁶. Concernant l'injonction de payer européenne, la question de la règle applicable à la notification internationale se posera avec acuité alors même qu'il y est précisé qu'il n'est pas porté atteinte au règlement spécialisé¹⁴⁸⁷. Pour ne prendre qu'un exemple, la signification d'une injonction de payer européenne devra-t-elle se conformer aux exigences des articles 13 à 15 du règlement de 2006, ou sera-t-elle soumise en plus au règlement de 2007 ? Les articles 13 et 14 prévoient que la signification s'opère selon les règles de l'État dans lequel elle est effectuée. Qu'en serait-il si celle-ci est, conformément à l'article 7 §1 du règlement de 2007, exécutée en application du droit de l'État d'origine ? Et qu'en serait-il si la modalité suivie en application du droit étranger est contraire aux dispositions du règlement de 2006 ? Il en va ainsi, par exemple, de certains modes de transmission des actes prévus par le droit espagnol tels que la remise sur le lieu de travail¹⁴⁸⁸, ou encore la notification par publication de l'article 164 de la loi de procédure civile¹⁴⁸⁹. La question se pose, et est un véritable frein à l'objectif poursuivi. Plus étonnant encore, le règlement instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, sans poser des règles particulières de signification et de notification des actes se superposant aux nombreuses existantes, offre pourtant un exemple flagrant de l'incohérence dans l'articulation des différents instruments. En effet, l'article 13 renvoie aux règles posées dans le cadre du titre exécutoire européen, et rien n'est dit sur l'articulation avec le règlement spécialisé. Sécurité, prévisibilité et simplicité du droit européen à l'égard des justiciables ne sont dès lors pas au rendez-vous. Or, ces éléments sont des facteurs de l'accès à la justice, composante de l'espace judiciaire européen.

¹⁴⁸⁵ CORNETTE (F.), article précité.

¹⁴⁸⁶ Cf. *supra*, Section 1, §3.

¹⁴⁸⁷ Article 27 du règlement sur l'injonction de payer européenne.

¹⁴⁸⁸ Colloque organisé à Sibiu en 2009 par l'Union nationale des huissiers de justice, « L'Europe judiciaire : 10 ans après le Conseil de Tampere », Magazine de l'UIHJ, 2010, n°25, p.95, disponible sur http://www.uhj.com/magazine-n-25_1020114.html, spéc. p.99

¹⁴⁸⁹ CADIET (L.), JEULAND (E.) et AMRANI MEKKI (S.) (Dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011, n°506, p.183

Madame Cornette a alors cherché les raisons de cette incohérence. La méthode d'adoption des législations européennes semble être le problème. Au-delà du défaut de continuité dans les équipes, l'auteur relève « *une démarche fonctionnaliste* » utilisée par le législateur européen. L'espace judiciaire européen est créé par petites touches, au gré des besoins. On ne rechercherait alors pas la cohérence, mais l'efficacité de l'instrument créé en privilégiant le résultat au moyen¹⁴⁹⁰. Le règlement spécialisé constituerait dès lors le droit commun applicable seulement si aucune autre règle spécifique n'existe dans l'instrument plus général. Toutefois, si ces quelques éléments expliquent peut-être l'incohérence des sources européennes des règles procédurales matérielles, ils ne la justifient pas. Des solutions doivent donc être envisagées pour remédier à cette difficulté.

397. Premiers éléments de solution. La volonté de parvenir à une efficacité accrue de l'instrument créé sans être bloqué par les carcans des règles déjà mises en place est compréhensible. Toutefois, la cohérence doit également être recherchée pour satisfaire d'autres impératifs. Monsieur le Professeur Pataut le relève : « *Clarté et intelligibilité supposent de simplifier, d'éviter les règles redondantes, de définir avec précision le champ d'application de chaque texte* »¹⁴⁹¹. Le législateur européen y travaille en s'imposant régulièrement des bilans et refontes des instruments existants¹⁴⁹². La pratique pourra alors permettre l'amélioration du droit européen.

Mais certains auteurs appellent à aller plus loin. Ce travail de refonte, et l'adoption de nouvelles réglementations, associés aux anciennes, devraient former un système cohérent et simple d'accessibilité. Monsieur le Professeur Jeuland propose, pour ce faire, la création d'un code d'intégration judiciaire reprenant de façon organisée les instruments existants¹⁴⁹³. Pour l'auteur, « *cette codification obligerait à régler les problèmes de cohérence, à combler les lacunes et ainsi à améliorer les liens procéduraux dans les litiges transfrontières* »¹⁴⁹⁴. La recherche d'une solution s'avère ainsi nécessaire pour parvenir à plus d'efficacité. Toutefois,

¹⁴⁹⁰ CORNETTE (F.), « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p. 11

¹⁴⁹¹ PATAUT (E.), « Notifications internationales et règlement "Bruxelles I" », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.377, spéc. p.379

¹⁴⁹² Cf. *infra*, §2

¹⁴⁹³ JEULAND (E.), « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européenne : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p.55, spéc. p.80.

Sur la question plus générale de l'insertion de règles procédurales matérielles au sein d'un code européen de droit international privé, cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §1.

¹⁴⁹⁴ JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.116. Dans le même sens, voir COMPAIN (A.), *thèse précitée*, p.31.

il nous apparaît indiscutable que l'adoption par l'Union européenne de règles matérielles de procédure spécifiques aux litiges transfrontières offre des garanties que le droit interne ou conventionnel ne permet pas.

§2 : LES FACTEURS D'EFFICACITE DES REGLES MATERIELLES PROCEDURALES EUROPEENNES

398. Double garantie. Le contexte institutionnel dans le cadre duquel les règles matérielles de procédures exposées sont adoptées – et dans le cadre duquel nous proposerons de les adopter – offre d'indéniables garanties d'efficacité dont ne disposent pas, ou pas dans les mêmes conditions, le droit interne ou conventionnel. Ainsi, le suivi des instruments édictés, même imparfaits, est une véritable force (A). Mais plus encore, le rôle joué par la Cour de justice de l'Union européenne et les obligations imposées aux États membres à propos du renvoi préjudiciel sont un véritable gage quant à l'objectif poursuivi (B).

A. Le travail d'évaluation et de refonte des instruments

399. Suivi des instruments. Les instruments européens ont l'avantage de faire l'objet d'un suivi par les instances supranationales. Le travail d'évaluation, reposant sur la pratique, et la réactivité du législateur européen permettent de perfectionner ces réglementations en les modifiant selon les besoins¹⁴⁹⁵. Le travail en amont, à travers les Livres verts puis blancs, est tout aussi important.

Ainsi, tous les instruments européens font l'objet d'une recherche minutieuse avant leur adoption, mais également d'un calendrier relatif à l'évaluation de l'instrument¹⁴⁹⁶. Cette étape pourra alors donner lieu à une refonte de celui-ci permettant d'éviter l'empilement des législations applicables, sans pour autant conserver des règles imparfaites. L'avantage de cette forme de codification¹⁴⁹⁷ est de n'impliquer qu'une seule procédure plutôt que d'adopter des actes modificatifs, puis de procéder à une consolidation¹⁴⁹⁸. Partant, l'adoption de règles

¹⁴⁹⁵ Dans ce sens, voir CORNETTE (F.), « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p. 11

¹⁴⁹⁶ Voir par exemple l'article 79 du règlement Bruxelles I refondu : « *Le 11 janvier 2022 au plus tard, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport sur l'application du présent règlement. Elle y évalue notamment s'il est nécessaire d'étendre les règles de compétence aux défendeurs qui ne sont pas domiciliés sur le territoire d'un État membre en tenant compte de la mise en œuvre du présent règlement et des évolutions éventuelles au niveau international. Le rapport est accompagné, le cas échéant, d'une proposition de modification du présent règlement.* »

¹⁴⁹⁷ La refonte fait l'objet d'un accord interinstitutionnel en date du 28 novembre 2001 « pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques », JOCE C77 du 28 mars 2002.

¹⁴⁹⁸ Voir BESLIER (S.) et LAVAGGI (P.), « Les procédures de codification et de refonte en droit communautaire : une contribution à l'effort de simplification de l'environnement réglementaire », *RDUE*, 2006, p.313.

matérielles de procédure dans ce cadre, pour parvenir à l'objectif visé, est une garantie d'efficacité. Celle-ci n'est peut-être pas immédiate, mais offre l'avantage de s'inscrire dans la durée et dans la pratique.

400. Exemples. Nombreux sont les exemples qui peuvent être donnés. Les règles de conflit de juridictions, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière civile et commerciale sont très significatives. À l'origine, la Convention de Bruxelles de 1968 réglait ces questions. La communautarisation de la matière a permis de transformer la Convention en règlement européen. Lors de cette étape, la définition de la saisine du juge, essentielle dans l'application des règles de gestion des conflits de procédures édictées par le législateur européen, et qui faisait défaut dans la Convention, a été rajoutée. Les conséquences tirées de la pratique sont ici indéniables. Le travail d'évaluation a par la suite continué de porter ses fruits puisque l'instrument a été refondu en 2012. Fort de l'efficacité de l'instrument de droit international privé, le législateur s'est appuyé sur les acquis du règlement pour poursuivre dans la voie ouverte de la libre circulation des décisions.

Sur un plan purement procédural, le règlement relatif aux significations et notifications a lui aussi fait l'objet d'une refonte permettant de prendre en compte les difficultés soulevées par la pratique. En effet, le règlement de 2000 a été abrogé et remplacé par celui de 2007. Là encore, le législateur a profité de la possibilité offerte par le suivi des instruments pour aller plus loin dans l'établissement de l'espace judiciaire européen, tout en s'appuyant sur des règles ayant déjà fait leurs preuves¹⁴⁹⁹.

B. Le renvoi préjudiciel obligatoire et l'interprétation uniforme de la Cour de justice

401. Le rôle de la Cour de justice. L'existence, au sein de l'Union européenne, d'une juridiction ayant pour vocation l'interprétation uniforme des législations européennes¹⁵⁰⁰ est un véritable gage d'efficacité que ne connaît pas le droit conventionnel. En effet, l'uniformité ainsi trouvée empêche, par définition, l'apparition de nouvelles divergences liées à l'interprétation par les juges nationaux des dispositions européennes. Les difficultés qui

¹⁴⁹⁹ Cf. *supra*, Section 1, §1, B.

¹⁵⁰⁰ Les techniques d'interprétation utilisées par la Cour de justice sont diverses. Il est parfois suivi une interprétation téléologique des textes, ou est parfois privilégiée la recherche de l'effet utile du Traité ou du texte interprété, ou encore une interprétation « systématique » c'est-à-dire par rapport aux autres normes qui l'entourent (GAUTIER [P.-Y.], « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.327, spéc. p.341).

existent en droit conventionnel relativement à l'interprétation des règles édictées¹⁵⁰¹ ne se retrouvent pas dans le cadre de l'Union européenne, sécurisant par là même la mise en œuvre de la réglementation adoptée¹⁵⁰². Une règle harmonisée reçoit une interprétation tout aussi harmonisée¹⁵⁰³. Dès lors, même si cette technique, rejoignant souvent celle des notions autonomes¹⁵⁰⁴, est imparfaite¹⁵⁰⁵, elle contribue fortement à l'objectif d'effacement des divergences procédurales en vue de l'édification d'un espace judiciaire européen.

Cette uniformisation est assurée par le mécanisme du renvoi préjudiciel. Comme le note Monsieur Christian Köhler, « *Tout aussi importants, en termes de quantité et de qualité, que les recours directs, les renvois préjudiciels en interprétation du droit communautaire (et en validité des actes des institutions) ont une autre finalité que ceux-là. En effet, la Cour de justice, et les juridictions nationales qui les ont sollicités, ont fait des arrêts préjudiciels l'instrument principal pour assurer l'unité du droit communautaire, son effet direct et sa primauté par rapport au droit national* »¹⁵⁰⁶. Or, ce qui est vrai du droit communautaire en général, est vrai des règles matérielles de procédure dans les litiges transfrontières en particulier. Pour assurer ce mécanisme, véritable vecteur d'efficacité dans l'objectif d'édification de l'espace judiciaire européen, la responsabilité des États membres est mise en jeu sur ces questions.

402. Double mise en jeu de la responsabilité des États. Cette efficacité est renforcée par une double obligation imposée aux États : d'une part, les juridictions doivent suivre les

¹⁵⁰¹ Sur ces questions, voir par exemple, LAGARDE (P.), « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP*, 1964, p.235

¹⁵⁰² En ce sens, voir AUDIT (M.), « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, spéc. n°2, p.790 : « *L'utilisation de cette technique bien particulière d'interprétation part à la fois d'un constat, l'utilisation dans certains textes européens de termes ou d'expressions correspondant à des concepts juridiques connus en droit interne, et d'une volonté, celle de ne pas maintenir l'interprétation de ces concepts sous l'empire des droits nationaux afin d'éviter la naissance de divergences d'interprétations entre les différents ordres juridiques des États membres* » ; et n°12, p.796 : « *L'objectif recherché se comprend aisément ; c'est une uniformisation de l'application de ces textes qui est souhaitée. On entend limiter l'incidence des conceptions propres à chaque système juridique national sur leur interprétation et, par suite, éviter des disparités dans leur mise en œuvre.* »

¹⁵⁰³ GOTTWALD (P.), « The European Law of Civil Procedure », *Ritsumeikan Law Review*, 2005, p.37, spéc p.40 : « *If the national courts were allowed to interpret the European rules according to their national understanding, there would be no common application in the Member States. Therefore from the very beginning the European Court of Justice has adhered to the principle of an autonomous, comparative interpretation* ». L'auteur note toutefois des exceptions comme le renvoi à la loi applicable au contrat pour la détermination du lieu d'exécution, et par suite de la juridiction compétente.

¹⁵⁰⁴ Sur celles-ci, voir également *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, A, 1.

¹⁵⁰⁵ Cf. *supra*, §1

¹⁵⁰⁶ KÖHLER (C.), « La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international privé », *TCFDIP*, 1993-1995, p.71, spéc. p.72

interprétations dégagées par la Cour de justice ; d'autre part, les juridictions suprêmes des États membres doivent obligatoirement opérer le renvoi préjudiciel.

Les États membres ont donc l'obligation de suivre les définitions et interprétations dégagées par la Cour qui « *ne rend que des arrêts d'espèce, mais ceux-ci ont quasiment l'autorité d'arrêts de règlement...* »¹⁵⁰⁷. Au-delà de l'interprétation uniforme, c'est donc le risque de sanction qui développe cette efficacité : « *l'application du droit communautaire peut ainsi être contrôlée, ce qui renforce son efficacité, en raison même d'une possible sanction au niveau supranational, sanction qui n'existe pas en droit conventionnel* »¹⁵⁰⁸. En effet, les arrêts de la Cour de justice ont une autorité absolue de chose jugée et s'imposent aux juridictions des États membres sous peine d'engager la responsabilité de leur État¹⁵⁰⁹. Reprenant l'arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*¹⁵¹⁰, le juge européen le rappelle au point 56 de l'arrêt *Köbler*¹⁵¹¹ : « *En tout état de cause, une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée lorsque la décision concernée est intervenue en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour en la matière* ».

Plus encore, les juridictions suprêmes de chaque État membre ont l'obligation de former le recours préjudiciel lorsqu'il s'avère nécessaire. L'obligation est posée par le Traité européen, la sanction ressort de l'arrêt *Köbler*¹⁵¹². Pour Madame Botella, « *en affirmant que la simple violation de l'obligation résultant de l'article 234 est de nature à engager la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire, la Cour élève l'obligation de renvoi préjudiciel au rang d'une obligation de résultat qui ne s'accommode d'aucune considération tenant à une quelconque faute de l'auteur de l'infraction. La simple constatation du non-respect de l'article 234 engage la responsabilité de l'État que l'on peut*

¹⁵⁰⁷ AZZI (T.), « La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.43, spéc. p.44

¹⁵⁰⁸ CORNETTE (F.), « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p. 11

¹⁵⁰⁹ GAUTIER (P.-Y.), « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.327, spéc. p.335

¹⁵¹⁰ CJCE, Affaires jointes C-46/93 et C-48/93, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, Recueil 1996 page I-1029, Conclusions Tesaro.

¹⁵¹¹ CJCE, Affaire C-224/01, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, Recueil 2003 page I-10239, Conclusions Léger

¹⁵¹² Point 55 : « *Parmi ces éléments figurent notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE.* »

qualifier d'objective »¹⁵¹³. Ainsi, il ressort de cet arrêt que la responsabilité de l'État peut être mise en jeu en cas de violation d'une obligation de renvoi¹⁵¹⁴.

Les conditions de mise en jeu de la responsabilité des États membres dans ce cadre sont identiques aux conditions communes. Elles sont issues de la jurisprudence *Brasserie du pêcheur et Factortame*. Ainsi, la règle violée doit avoir pour objet de conférer un droit à un justiciable, la violation doit être suffisamment caractérisée, et il doit exister un lien de causalité entre la violation et le dommage¹⁵¹⁵. La réparation se fera, par la suite, en application du principe d'autonomie procédurale, et donc des règles de responsabilité de l'État concerné.

403. Conclusion de la section. Le cadre institutionnel dans lequel sont adoptées les règles matérielles de procédure européenne offre donc des garanties d'efficacité indéniables quant à l'objectif visé : la création d'un espace judiciaire européen. En effet, suivi des instruments, et surtout rôle clé de la Cour de justice de l'Union européenne, bien qu'imparfait, permettent de gommer au mieux les divergences persistantes. Reste toutefois à améliorer la cohérence entre réglementations pour parvenir à un système clair facilitant l'accès à la Justice transfrontière, élément de définition de l'espace judiciaire européen.

¹⁵¹³ BOTELLA (A.-S.), « La responsabilité du juge national », *RTDE*, 2004, p.283, spéc. p.306

¹⁵¹⁴ En ce sens, voir BOTELLA (A.-S.), *op. cit.*, spéc. p.304 ; ou encore, ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, p.651.

¹⁵¹⁵ BOTELLA (A.-S.), *op. cit.*, spéc. p.302 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

404. Règles adoptées et espace judiciaire européen. Coopération, accès à la justice et libre circulation des décisions sont autant d'éléments de l'espace judiciaire européen tel que nous l'avions auparavant défini. L'exposé des règles matérielles déjà posées par l'Union européenne en matière de procédure en droit international privé démontre que chacune d'entre elles aide tour à tour à remplir l'objectif du législateur européen. Ainsi, l'obtention des preuves à l'étranger a fait l'objet d'un règlement facilitant la coopération judiciaire, tandis que l'accès à la justice est rendu plus aisé par l'adoption de procédures harmonisées. Ces dernières permettent également la libre circulation des décisions en donnant lieu à des titres directement exécutoires.

405. Efficacité. Ces diverses règles posées par le législateur européen souffrent, certes, d'un manque de cohérence. Toutefois, le rôle interprétatif joué par la Cour de justice de l'Union européenne à travers le renvoi préjudiciel est un indiscutable facteur d'efficacité. En effet, là où le droit conventionnel se verra interprété d'autant de façons différentes qu'il existe de juridictions nationales l'appliquant, le juge européen permet une uniformisation de la mise en œuvre des règles régionales. L'harmonisation souhaitée s'en trouve alors accrue.

Ces facteurs d'efficacité invitent à continuer dans ce cadre adéquat et à formuler les règles matérielles de procédure qui semblent manquer à l'Union européenne pour parfaire l'espace judiciaire européen du point de vue des litiges transfrontaliers. La cohérence entre instruments devra également être repensée.

CHAPITRE 2

LE DROIT PROSPECTIF : LES REGLES PROCEDURALES MATERIELLES A ADOPTER

406. Forme... Une première source de nouvelles règles procédurales harmonisées peut provenir de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. De ce point de vue, le rapprochement procédural découlera du contrôle de « *la conformité des législations nationales par rapport à un standard* »¹⁵¹⁶. Il s'agira, dès lors, de la création de règles implicites par la condamnation de règles procédurales nationales qui elles-mêmes interdisent un certain comportement. En condamnant une telle règle, la permission dans l'espace judiciaire européen ne ferait plus guère de doutes¹⁵¹⁷. Elle n'appelle pas à des considérations particulières autres que celles déjà évoquées quant aux carcans de l'analyse jurisprudentielle de l'autonomie procédurale¹⁵¹⁸. Toutefois, ces règles pourraient, dans un objectif d'accès simplifié au droit, avoir leur place dans une œuvre codificatrice sur laquelle l'on pourrait notamment s'interroger s'agissant de se demander quelle forme les règles à adopter devraient-elles prendre (*Section 1*).

407. ... et fond. Si l'aspect formel, qui sera ainsi développé en premier lieu, est d'une indéniable nécessité pratique, il n'a d'intérêt que s'il existe un fond, c'est-à-dire des règles matérielles à adopter. Il ressort de tout ce qui précède que, malgré l'existence de règles matérielles relatives aux litiges transfrontières, le système mis en place au niveau européen souffre encore de quelques lacunes. La possibilité pour l'Union européenne d'adopter de telles règles dans la mesure du nécessaire nous conduira donc, en second lieu, à dresser la liste des règles matérielles procédurales qui nous semblent faire encore défaut aujourd'hui pour parvenir à un véritable espace judiciaire européen relativement aux litiges relevant du droit international privé (*Section 2*).

¹⁵¹⁶ MECARELLI (G.), *L'hypothèse d'un droit commun du procès. Réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, Thèse Paris II, 2002, n°80, p.65

¹⁵¹⁷ Voir, par exemple, pour une possible règle matérielle de ce type *infra*, Section 2, §2, A, 1.

¹⁵¹⁸ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1

SECTION 1 : LA FORME DES REGLES A ADOPTER

408. Double interrogation. Du point de vue formel, la multiplication, sous l'impulsion de la communautarisation de la matière en 1997, des instruments de droit international privé, a suscité une réflexion autour d'un éventuel code européen de droit international privé¹⁵¹⁹. Au sein de ce code, les règles – tant conflictuelles que matérielles – relatives à la procédure dans les litiges privés internationaux pourraient trouver leur place (§1). Néanmoins, s'interroger sur une telle question ne permet pas de résoudre une question formelle centrale. Il s'agit en effet de savoir quel type d'acte, dans la nomenclature européenne, serait le plus adéquat. C'est la question, de manière générale, du choix d'une législation prenant la forme d'un règlement ou d'une directive (§2).

§1 : LA QUESTION D'UNE CODIFICATION EUROPEENNE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

409. Code européen de droit international privé et procédure. Avant d'envisager la place de la procédure civile dans une éventuelle codification européenne du droit international privé (C), il convient de voir si une telle entreprise s'avère nécessaire (A). La question de la forme que celle-ci devrait revêtir se posera alors (B).

A. La nécessité d'une codification

410. La mise en cohérence. Le foisonnement des sources de droit international privé et l'incohérence qui en résulte¹⁵²⁰ sont évidemment l'argument le plus fort en faveur d'une telle codification. Il s'agit alors de parvenir à une cohérence « *horizontale, entre les actes adoptés, comme gage de leur bonne application. En particulier, la chasse aux doublons, discordances terminologiques et lacunes obéit à une nécessité de sécurité juridique* »¹⁵²¹. Or,

¹⁵¹⁹ Voir notamment à ce sujet, les deux colloques organisés à Toulouse sous la direction de Messieurs Fallon et Lagarde et de Madame Poillot-Peruzzetto : *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009 ; et, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, éditions Peter Lang, 2011.

¹⁵²⁰ Sur cette question, voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, §1, B

¹⁵²¹ FALLON (M.), « Rapport introductif », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.17, spéc. p.18. Dans le même sens, voir CZEPELAK (M.), « Would we like to have a European code of private international law? », *ERPL*, 2010, p.705, spéc. p. 716 : « *To sum up, the proliferation of the sources of private international law together with their diversity have made this already complicated discipline even more complex. It is an obvious disadvantage of the existence of many European instruments. It provides a clear-cut evidence that the need for the codification has already arisen. With unification progressing successfully, it is time for integration or consolidation of the sources, at least at European level* » ; ou encore JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.116

parvenir à un ensemble de règles cohérentes, principe posé à l'article 7 TFUE, est une des « premières caractéristiques de la codification »¹⁵²² à laquelle on « assigne (toujours) des fonctions de simplification, (souvent) de systématisation et (parfois) de réforme »¹⁵²³.

En effet, la codification, selon le modèle suivi¹⁵²⁴, implique, en général, et même dans les cas où les règles restent inchangées, la possibilité d'opérer des ajustements, notamment de terminologie, afin d'obtenir une législation harmonieuse. Par ailleurs, s'agissant dès lors d'un seul et unique texte, l'interprétation des dispositions qui en ressortent est uniforme, que ce soit l'interprétation issue de la jurisprudence, ou celle provenant des Considérants¹⁵²⁵.

411. Les autres facteurs. Toutefois, la réflexion a également été nourrie par d'autres facteurs. L'amélioration de la législation européenne, au-delà de la simple mise en cohérence, est évidemment l'avantage le plus significatif avancé par les défenseurs d'une telle entreprise. Ainsi, l'accès aux règles européennes de droit international privé, notamment pour les non-spécialistes, s'en trouverait simplifié¹⁵²⁶. Par suite, il apparaîtrait que l'absence d'un code européen de droit international privé aurait un coût estimé à 138 millions d'euros par an¹⁵²⁷. Il s'agit d'une estimation fondée sur le coût économique pour les entreprises, des frais administratifs, des frais juridiques, mais également des coûts sociaux et psychologiques.

Mais c'est également la technique utilisée jusqu'alors que certains auteurs critiquent. Ainsi, la limitation matérielle assez restrictive des instruments européens déjà adoptés ne

¹⁵²² BODENES-CONSTANTIN (A.), *La codification du droit international privé français*, Préface d'I. Fadlallah, Defrénois, 2005, n°143, p.100. Dans le même sens, voir FALLON (M.), « Rapport introductif », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.17 : « Pourtant, force est de constater que la multiplication des actes européens risque de mettre à mal le principe de cohérence de la législation, posé par l'article 7 TFUE ».

¹⁵²³ MAC ELEAVY FIORINI (A.), « Qu'y a-t-il en un nom ? – Un vrai code pour le droit international privé européen », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.27, spéc. p.30

¹⁵²⁴ Voir *infra*, B

¹⁵²⁵ GODIVEAU (G.), « La codification du droit communautaire dérivé : le "mieux" est-il l'ennemi du "bien" légiférer ? », *CDE*, 2009, p.15, spéc. p.21 : « En toute hypothèse, l'approche disciplinaire liée à la codification imprime une cohérence aux règles. Le regroupement de plusieurs textes dans un corpus unique soumet notamment leur interprétation à des considérants analogues. Or, la valeur interprétative de ces derniers est admise en jurisprudence ».

¹⁵²⁶ En ce sens, voir BODENES-CONSTANTIN (A.), *op. cit.*, n°145, p.102 : « L'intervention du législateur européen en droit international privé offrirait une autre qualité de la codification : l'accès au droit. » ; Rapport sur le coût de la non-Europe – Un code européen de droit international privé, CoNE 3/2013, élaboré par Blanca Ballester à la demande de la Commission des affaires juridiques, publié le 14 juin 2013, disponible au format PDF à l'adresse suivante :

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/504468/IPOL-JOIN_ET\(2013\)504468_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/504468/IPOL-JOIN_ET(2013)504468_FR.pdf)

¹⁵²⁷ Rapport précité.

semble plus praticable¹⁵²⁸. La codification constituerait alors l'aboutissement logique de ce qui a déjà été entrepris par l'Union européenne¹⁵²⁹. Elle serait, du seul point de vue juridique, nécessaire et possible¹⁵³⁰.

Inversement, la traditionnelle image de la *Common Law* réfractaire à toute forme de codification semble devoir être rejetée. En effet, d'une part, l'Union européenne aurait plutôt tendance à suivre la voie de la tradition civiliste¹⁵³¹. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder le traitement accordé aux instruments anglophones de gestion des conflits de procédures¹⁵³². D'autre part, il n'existe aucune interdiction formelle de codification dans les pays de *Common Law*. Surtout, les arguments traditionnellement opposés à cette codification « *ne sont pourtant susceptibles de faire obstacle qu'à la codification interne du droit international privé* »¹⁵³³. Ainsi, « *les nombreuses interventions législatives européennes et leur caractère inéluctable vu les termes de l'habilitation législative et des programmes de travail adoptés rendent largement caduques les arguments anti-codification* »¹⁵³⁴.

412. La position des institutions européennes. Les institutions européennes ont, semble-t-il, largement pris la mesure de ce besoin de codification. Dès 2009, lors d'une communication de la Commission au Parlement européen et au conseil¹⁵³⁵, les instances européennes ont estimé que « *les instruments adoptés devront être regroupés dans un code de la coopération judiciaire civile pour faciliter leur mise en œuvre* »¹⁵³⁶. Le plan d'action afférent au programme de Stockholm¹⁵³⁷ prévoyait – pour 2014 – l'adoption d'une « *proposition législative destinée à améliorer la cohérence de la législation de l'Union existant dans le domaine du droit procédural en matière civile* ».

¹⁵²⁸ En ce sens, CZEPELAK (M.), « Would we like to have a European code of private international law? », *ERPL*, 2010, p.705, spéc. p.718 et s.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, p.724 : « *In addition, a European Code of Private International Law would be a logical corollary of what has already been achieved and what is currently being done in this field.* »

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p.727 : « *In conclusion, one can eventually try to answer the question posed in the title of this article : would we like to have a European Code of Private International Law? The response shall be positive, as – from the legal point of view – there is a need for it and there is a possibility to achieve it.* »

¹⁵³¹ *Ibid.*, pp.726-727

¹⁵³² Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, a.

¹⁵³³ MAC ELEAVY FIORINI (A.), « Qu'y a-t-il en un nom ? – Un vrai code pour le droit international privé européen », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.27, spéc. p.43

¹⁵³⁴ *Loc. cit.*

¹⁵³⁵ Communication de la commission au Parlement européen et au conseil : Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, COM (2009) 262 final, 10 juin 2009

¹⁵³⁶ *Ibid.*, p.11

¹⁵³⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 avril 2010 – Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, COM(2010) 171 final – Non publiée au Journal officiel

Toutefois, ce sont des codes minimalistes – mais qui nous concernent au premier chef – qui sont ici proposés. Le Parlement européen, la même année, élargit le périmètre de la codification annoncée. Ainsi, il « *encourage la Commission à réexaminer les interrelations entre les différents règlements qui traitent de la compétence, de l'exécution et de la loi applicable ; considère que l'objectif général poursuivi doit être la mise en place d'un cadre juridique à la structure cohérente et facilement accessible ; estime qu'à cette fin, la terminologie relative aux différentes matières et tous les concepts et exigences concernant les mêmes règles dans les différentes matières devraient être unifiés et harmonisés (par exemple, litispendance, clauses attributives de compétence, etc.) et l'objectif final pourrait consister en une codification générale du droit international privé* »¹⁵³⁸. Le projet semble bien acté. Reste à déterminer, notamment, le type de codification qu'il convient de mener.

B. La forme de la codification

413. Les codifications envisageables. Deux grands types de codification coexistent. D'une part, la codification à droit constant « *se contente de mettre de l'ordre dans un arsenal législatif hétéroclite, en concentrant des dispositions éparses vers un texte unique, dans un but de sécurité juridique relevant d'une politique de transparence normative* »¹⁵³⁹. Il pourra alors s'agir d'une simple compilation – ou consolidation suivant la terminologie européenne¹⁵⁴⁰ – consistant en la réunion de diverses règles existantes en un seul et même ouvrage. Le *compendium* édité en 2004, puis en 2013, par l'Office des publications officielles de Communautés européennes en est un exemple très parlant. Il porte également en lui les arguments qui nous conduisent à écarter ce type de codification. En effet, les difficultés relatives à la cohérence des textes ne se trouvent nullement annihilées¹⁵⁴¹. La codification, au

¹⁵³⁸ Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur la mise en œuvre et la révision du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Point 1

¹⁵³⁹ FALLON (M.), « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, Dalloz, 2009, p.1

¹⁵⁴⁰ Voir COM (2001) 645 final, p.6 : « *la consolidation consiste à regrouper des fragments épars de législation relative à une question donnée sans affecter la validité de ces fragments et sans que cette opération ait d'effets juridiques. Il s'agit donc d'un processus mécanique par lequel les dispositions de l'acte de base régissant un domaine particulier et toutes ses modifications sont regroupées, sans aucun examen ou modification du texte et sans les considérants. Le texte consolidé qui en résulte n'est que pour information et n'a pas de valeur juridique.* » ; ou encore, GODIVEAU (G.), « La codification du droit communautaire dérivé : le "mieux" est-il l'ennemi du "bien" légiférer ? », *CDE*, 2009, p.15, spéc. p.28.

¹⁵⁴¹ MAC ELEAVY FIORINI (A.), « Qu'y a-t-il en un nom ? – Un vrai code pour le droit international privé européen », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.27, spéc. pp.31 à 34.

sens européen, est l'étape supérieure à la simple consolidation. Elle est définie par les instances européennes comme « *la procédure qui vise à abroger les actes faisant l'objet de la codification et à les remplacer par un acte unique qui ne comporte aucune modification de la substance desdits actes. Elle consiste donc à retravailler le texte consolidé en vue d'obtenir un nouvel acte juridique unique cohérent et complet remplaçant formellement l'acte de base et l'ensemble de ses modifications. Ce processus comprend la suppression de toutes les dispositions obsolètes, l'harmonisation de la terminologie utilisée dans le nouvel acte et la reformulation de ses considérants* »¹⁵⁴². Cela constitue également un mode de codification à droit constant, appelée codification officielle aux termes de l'accord interinstitutionnel du 20 décembre 1994¹⁵⁴³. Là encore, si la cohérence se trouverait renforcée, la nécessité de modifications plus profondes se fait ressentir¹⁵⁴⁴. De plus, la pratique démontre une préférence pour la codification officielle verticale, c'est-à-dire d'un seul acte et de ses modifications¹⁵⁴⁵. Une codification horizontale représenterait, quant à elle, déjà une véritable avancée dans notre matière, puisqu'elle permettrait de créer un acte unique regroupant tous les instruments européens de droit international privé en un seul et même système cohérent¹⁵⁴⁶. Toutefois, une nouvelle fois, les lacunes dégagées sur le fond¹⁵⁴⁷ ne se verraient aucunement comblées puisqu'il ne s'agit pas de créer de nouvelles règles.

D'autre part, la codification, bien qu'une telle forme ne soit pas envisagée dans les accords interinstitutionnels, peut avoir pour objectif la création de nouvelles règles. En réalité, le « *code-réforme* » allie mise en cohérence des règles déjà existantes et insertion de nouvelles dispositions, car « *l'effet créatif n'est jamais total : un code ne part jamais de rien, il comporte nécessairement une part de récupération, ou de consolidation, de règles existantes,*

¹⁵⁴² COM (2001) 645 final, p.6.

¹⁵⁴³ « Méthode de travail accéléré pour la codification officielle des textes législatifs », JOCE C102 du 4 avril 1996

¹⁵⁴⁴ MAC ELEAVY FIORINI (A.), « Qu'y a-t-il en un nom ? – Un vrai code pour le droit international privé européen », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.27, pp.34-35

¹⁵⁴⁵ BESLIER (S.) et LAVAGGI (P.), « Les procédures de codification et de refonte en droit communautaire : une contribution à l'effort de simplification de l'environnement réglementaire », *RDUE*, 2006, p.313, spéc. p.316

¹⁵⁴⁶ Sur l'effet de simplification issu de cette codification horizontale, voir BESLIER (S.) et LAVAGGI (P.), *op. cit.*, p.317.

¹⁵⁴⁷ Cf. *infra*, Section 2

législatives ou jurisprudentielles »¹⁵⁴⁸. Partant, il semblerait que ce type de codification réponde bien aux besoins, notamment en matière de procédure.

414. La codification envisagée. Il est évident que ce type de codification est à la fois le plus abouti, et le plus difficile à mettre en œuvre¹⁵⁴⁹. D'autant plus qu'il nous semble préférable de s'orienter vers une codification horizontale¹⁵⁵⁰. Toutefois, il offre les meilleurs avantages. La baisse du nombre d'actes est évidente. Partant, la législation européenne sur la coopération judiciaire civile se trouverait plus facilement accessible et plus lisible¹⁵⁵¹. Par ailleurs, la mise en cohérence des instruments et de leurs modifications ultérieures, mais également des instruments entre eux – s'agissant d'une codification horizontale – apparaît indéniable. Enfin, les lacunes pointées du doigt dans les instruments existants, mais également entre les instruments existants pourraient se voir comblées.

Le rapport sur le code européen de droit international privé précédemment cité¹⁵⁵² tire les mêmes conséquences de l'analyse effectuée. Partant de la codification officielle établie par l'accord de 1994, codification à droit constant, il est estimé que le « *code européen de droit international privé serait l'aboutissement de la réunion au niveau européen des différents instruments qui régissent actuellement les questions de droit international privé, en y ajoutant d'emblée les instruments nouvellement adoptés afin de combler les lacunes* »¹⁵⁵³. Consolidation des instruments existants, mise en cohérence et création de nouvelles règles seraient donc bien les trois objectifs de ce code-réforme au sein duquel la procédure civile relative aux litiges transfrontières doit trouver sa place.

¹⁵⁴⁸ FALLON (M.), « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, Dalloz, 2009, p.1

¹⁵⁴⁹ Mais toute codification n'implique-t-elle pas un long et difficile chemin ? En ce sens, voir LINDBLOM (H.), « Harmony of the legal spheres – A Swedish view on the construction of a unified European procedural law », *ERPL*, 1997, p.11, spéc. p.25

¹⁵⁵⁰ Dans ce sens, voir VAN DEN BOSSCHE (A.-M.), « L'espace européen de justice et le (rapprochement du) droit judiciaire », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.1, spéc. n°22, p.11 : « Si l'on veut parvenir à une solution cohérente et convaincante, il faudra recourir à une approche horizontale ».

¹⁵⁵¹ MAC ELEAVY FIORINI (A.), « Qu'y a-t-il en un nom ? – Un vrai code pour le droit international privé européen », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.27, spéc. p.40

¹⁵⁵² Rapport sur le coût de la non-Europe – Un code européen de droit international privé, CoNE 3/2013, élaboré par Blanca Ballester à la demande de la Commission des affaires juridiques, publié le 14 juin 2013, disponible au format PDF à l'adresse suivante :

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/504468/IPOL-JOIN_ET\(2013\)504468_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/504468/IPOL-JOIN_ET(2013)504468_FR.pdf)

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p.11

C. La place de la procédure dans la codification

415. Éléments de procédure dans la codification. La procédure civile a évidemment sa place dans une telle entreprise de codification du droit international privé¹⁵⁵⁴. Elle a sa place pour les questions qui ont déjà fait l'objet d'une harmonisation européenne et qui, nous l'avons exposé, souffrent d'un véritable manque de cohérence entre ces instruments¹⁵⁵⁵. Ainsi, « a minima, il convient de réclamer une consolidation de ces règles, passant par leur révision sous l'angle d'une plus grande cohérence entre celles-ci, les règles internes de la procédure et même les règles substantielles applicables au fond »¹⁵⁵⁶.

Au-delà, dans le cadre de l'adoption d'un « code-réforme », la procédure aurait sa place concernant les éléments à adopter¹⁵⁵⁷. Ainsi, ce que Madame le Professeur Vilà et Monsieur Attal appellent des « *questions procédurales périphériques* »¹⁵⁵⁸ devrait également être inclus, la codification étant alors « *l'occasion d'organiser une plus grande perméabilité des droits nationaux* »¹⁵⁵⁹. Au demeurant, une codification n'implique pas que soit oubliée la dimension conflictuelle de la procédure en droit international privé. Elle permettrait ainsi d'associer les règles matérielles nécessaires de procédure harmonisées par l'Union européenne et le renvoi à la *lex fori* pour les questions non traitées par le truchement de la règle de conflit selon laquelle la procédure est régie par la loi du juge saisi¹⁵⁶⁰. L'incomplétude crainte par Monsieur le Professeur Nourissat serait ainsi combattue¹⁵⁶¹.

416. Importance de la procédure dans la codification. Ainsi, la procédure aurait une place d'importance au sein d'un éventuel code de droit international privé. Le programme de Stockholm envisageait même la seule mise en cohérence – ce qui impliquerait une codification – du droit procédural européen¹⁵⁶². Monsieur le Professeur Jeuland appelait à la création d'un code d'intégration judiciaire correspondant aux seuls instruments

¹⁵⁵⁴ VILÀ (B.) et ATTAL (M.), « La place de la procédure et de la coopération entre juges et acteurs nationaux – Le périmètre de la codification », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.237

¹⁵⁵⁵ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §1, B.

¹⁵⁵⁶ VILÀ (B.) et ATTAL (M.), *op. cit.*, spéc. pp.244-245

¹⁵⁵⁷ Cf. *infra*, Section 2.

¹⁵⁵⁸ VILÀ (B.) et ATTAL (M.), *op. cit.*, spéc. p.239

¹⁵⁵⁹ *Loc. cit.*

¹⁵⁶⁰ Cf. *supra*, Partie 1

¹⁵⁶¹ NOURISSAT (C.), « La codification de l'espace judiciaire civil européen », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.175

¹⁵⁶² Voir la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 avril 2010 – Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, COM(2010) 171 final précitée ainsi que le §95 du programme lui-même.

procéduraux¹⁵⁶³. Pour l’auteur, cette codification apparaît nécessaire pour remédier aux soucis de cohérence des instruments existants¹⁵⁶⁴. Par suite, même si nous ne pensons cependant pas qu’une entreprise de codification dût se limiter à la procédure¹⁵⁶⁵, force est de constater qu’elle tient une grande place dans la coopération judiciaire civile. Son insertion dans une codification nécessaire, de plus grande ampleur matérielle, ne fait par conséquent aucun doute. La question reste de savoir quel type d’acte est alors le plus adapté.

§2 : LA NATURE DES ACTES A ADOPTER

417. Généralités. Qu’il s’agisse d’un code de droit international privé, d’un code de procédure civile européenne dans les contentieux transfrontières ou d’actes éparés relatifs à la procédure, il est nécessaire d’établir l’instrument qui semble le plus approprié, question « *cruciale au fond* »¹⁵⁶⁶. En mettant de côté la voie intergouvernementale, aujourd’hui obsolète dans le cadre de l’Union européenne¹⁵⁶⁷, l’article 288 TFUE¹⁵⁶⁸ prévoit cinq actes que les instances européennes peuvent adopter : le règlement, la directive, la décision, la

¹⁵⁶³ JEULAND (E.), « Les développements procéduraux récents de l’espace judiciaire européen : la naissance d’un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p.55, spéc. p.80 : « *Le droit processuel européen est cependant loin d’être parfait et un code de l’intégration judiciaire pourrait s’avérer utile. Le plan pourrait être à la fois conceptuel et chronologique (afin d’être relativement facile d’utilisation pour les praticiens et les justiciables) en suivant la séquence de notions citée précédemment : 1.- Les principes fondamentaux de la procédure (issus de la charte fondamentale) ; 2.- Le champ d’application fondé sur les liens litigieux intracommunautaires ; 3.- La compétence (Bruxelles I, Bruxelles 2, règlement “insolvabilité”, règlement “obligation alimentaire”) ; 4.- L’accès au tiers impartial : l’action en justice, la médiation et l’aide juridictionnelle ; 5.- La notification et la représentation en justice ; 6.- Le lien d’instance et la recherche des preuves ; 7.- Les procédures uniformes particulières (IPE, RPL) ; 8.- L’exequatur ; 9.- Le TEE sans exequatur ; 10.- le lien d’exécution (saisie de créances bancaires etc.)* ».

Dans le même sens, et du même auteur, d’un code d’intégration judiciaire, et non d’un code de procédure européen, JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l’espace judiciaire européen ?* sous la direction d’A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.116

¹⁵⁶⁴ Sur cette question, voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, §1, B.

¹⁵⁶⁵ La place des instruments de droit international privé, conflits de lois et de juridictions, est également indéniable. Dès lors, « *le code qui en serait issu se rapprocherait plus d’un code de droit international privé que d’un code de procédure civile européenne* » (COMPAIN [A.], *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Nantes, 2012, p.32).

Dans le même sens, voir NOURISSAT (C.), « La codification de l’espace judiciaire civil européen », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OU DOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.175, spéc. p.178 : « *Le “sens de l’histoire” oblige à admettre que l’espace judiciaire civil européen est un espace ouvert, que les instruments techniques qui en sont le support – les règlements de coopération judiciaire civile – sont plus des instruments de droit international privé que de droit interne, que l’enjeu est donc davantage l’élaboration d’un code de droit international privé européen que celle d’un code de procédure civile européen* ».

¹⁵⁶⁶ BERGE (J.-S.), « L’avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois » in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.206, spéc. p.222

¹⁵⁶⁷ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1. Au surplus, sur le caractère politique et non juridique de cette question, voir BERGE (J.-S.), *op. cit.*

¹⁵⁶⁸ « *Pour exercer les compétences de l’Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.* »

recommandation et l'avis. Si l'influence des deux derniers instruments sur la législation des États membres ne peut être contestée, leur absence de portée obligatoire nous conduit d'emblée à les écarter. De même, la décision, de par son caractère non général, n'apparaît pas adéquate. Reste à déterminer lequel du règlement et de la directive est l'instrument le plus approprié, sauf à opter pour un instrument *sui generis* en cas de codification.

418. Instrument *sui generis*. Le besoin d'édicter un code européen de droit international privé pose la question de l'adéquation des instruments existants et de l'entreprise à mener. Ainsi, devant l'ampleur et surtout l'originalité de la démarche, certains ont alors plaidé pour un acte qui « *tout en empruntant à ces trois “modèles”, ne serait par définition ni un code interne, ni une convention internationale, ni un règlement européen* »¹⁵⁶⁹. Plus encore, il s'agirait de l'édicter « *selon une procédure originale* »¹⁵⁷⁰. L'idée ainsi développée a de quoi être séduisante : un acte original, dans une forme originale et adopté suivant une procédure originale.

Toutefois, si l'idée de la codification semble avoir fait son chemin au sein des instances européennes, aucun signe d'une quelconque originalité dans la forme à adopter n'apparaît. Il semblerait, dès lors, qu'il soit nécessaire de se tourner vers les instruments traditionnels. En tout état de cause, ce sont ces seuls instruments qui seraient la seule possibilité ouverte au législateur européen.

419. Directive. La directive se définit comme l'acte qui « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* »¹⁵⁷¹. Elle implique, par voie de conséquence, la transposition de la directive européenne dans chaque État membre par l'intermédiaire d'un acte interne, dit « acte de transposition ». C'est ici que l'on atteint le point de discordance entre partisans et opposants à l'utilisation de la directive.

Cette forme de législation permet de laisser une certaine « marge de manœuvre » aux États membres, en ne constituant pas une législation complète de la question en cause¹⁵⁷². Or, ne s'agissant pas nécessairement de créer des normes unifiées, mais seulement harmonisées,

¹⁵⁶⁹ MAC ELEAVY FIORINI (A.), « Qu'y a-t-il en un nom ? – Un vrai code pour le droit international privé européen », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.27, spéc. p.46.

¹⁵⁷⁰ *Loc. cit.*

¹⁵⁷¹ Article 288 TFUE

¹⁵⁷² En ce sens, voir, par exemple, BERGE (J.-S.), « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois » in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.206, spéc. p.223

la directive présenterait les avantages nécessaires pour parvenir à cet objectif. S'interrogeant sur l'acte adéquat, Madame le Professeur Jobard-Bachelier soulève ainsi cette considération : « *doit-on considérer qu'une part de liberté doit être laissée aux États membres, l'harmonisation, la coopération prévues par les textes du Traité appelant, même en matière de règlement des conflits de lois, un rapprochement des législations, non pas nécessairement leur unification* »¹⁵⁷³. Elle permettrait, notamment, aux États d'adapter les normes procédurales européennes à leur système juridique national. Pour reprendre les termes de Monsieur le Professeur Fallon, « *elle permet une intégration harmonieuse des normes communautaires dans le corpus normatif national* »¹⁵⁷⁴.

Mais ce faisant, elle ouvre grand la porte, en procédure civile dans les litiges transfrontières comme en toute autre matière¹⁵⁷⁵, à des divergences là où le rapprochement était souhaité. Elle peut atteindre « *l'unité de la règle communautaire* »¹⁵⁷⁶. Elle « *nuit à l'unification du droit international privé des États membres, voire même à leur rapprochement ou harmonisation* »¹⁵⁷⁷. Le groupe européen de droit international privé écarte, pour cette raison, en s'appuyant sur l'expérience des directives « Protection des consommateurs »¹⁵⁷⁸, le recours aux directives en droit international privé : « *Le choix du type d'acte se doit de tenir compte de l'expérience plutôt négative des directives adoptées jusqu'à présent qui affectent le droit des conflits de lois : la disparité des transpositions a révélé la nécessité d'adopter des règles suffisamment précises pour prévenir tout risque d'incompréhension de la part du législateur national* »¹⁵⁷⁹. Dans le même sens, si la directive nous semble appropriée pour consacrer un objectif commun qui, lui seul, fait l'objet d'une harmonisation, il s'agit ici de rapprocher les règles procédurales. Ceci ne nous semble pas pouvoir être atteint si les moyens sont laissés à la discrétion des États membres, puisque cela

¹⁵⁷³ JOBARD-BACHELIER (M.-N.), « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.185, spéc. p.195

¹⁵⁷⁴ FALLON (M.), « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, Dalloz, 2009, p.1, spéc. p.10

¹⁵⁷⁵ BERGE (J.-S.), *loc. cit.*

¹⁵⁷⁶ JOBARD-BACHELIER (M.-N.), article précité, spéc. p.194

¹⁵⁷⁷ BODENES-CONSTANTIN (A.), *La codification du droit international privé français*, Préface d'I. Fadlallah, Defrénois, 2005, spéc. n°144, p.101

¹⁵⁷⁸ Sur l'influence de l'expérience de ces directives sur cette question, voir BERGE (J.-S.), article précité, spéc. p.222-223 : « *La question est quelque peu traumatique en droit international privé. Le souvenir laissé à un nombre important d'internationalistes privatistes par toute la série des directives "Protection des consommateurs" dans leur délimitation vis-à-vis des pays tiers a conduit de nombreux auteurs à retenir cette idée que la directive n'était pas, par essence, un instrument adapté et qu'il fallait lui préférer le règlement.* »

¹⁵⁷⁹ GEDIP, Dixième réunion, Rome, 15-17 septembre 2000, Compte-rendu des séances de travail disponible à l'adresse suivante : <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-10t.html>

impliquerait la création potentielle de nouvelles divergences. Aussi, le règlement semble bien être l'instrument le plus adapté.

420. Règlement. Le règlement européen se définit comme un acte de portée générale, « *obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre* »¹⁵⁸⁰. Il n'impose aucun acte de transposition. En droit international privé européen en général, et en matière procédurale en particulier, il est aujourd'hui l'instrument privilégié¹⁵⁸¹ par les instances européennes. Deux arguments peuvent justifier d'y avoir recours au détriment de la directive.

D'une part, il est possible de faire écho à l'argument en faveur de la directive selon lequel il serait envisageable de préciser les règles contenues dans les directives pour limiter les divergences d'application¹⁵⁸². Il serait tout autant concevable d'assouplir les dispositions contenues dans le règlement pour laisser une certaine souplesse aux États sans pour autant devoir passer par l'étape de la transposition nationale. On rejoint ici en quelque sorte la difficile question de l'harmonisation « par principe » ou « par règles » posée dans le cadre du projet ALI/UNIDROIT¹⁵⁸³. Or, sans aller jusqu'à des règles profondément détaillées, l'adoption de principes extrêmement généraux ne nous semble pas œuvrer dans le sens de l'harmonisation directe des procédures que nous recherchons ici¹⁵⁸⁴. N'est-ce pas, au demeurant, l'hypothèse déjà mise en œuvre dans certains règlements européens instituant des règles de procédure dans des litiges transfrontières ? En effet, les « normes minimales de procédure », sous l'apparence de règles précises, permettent aux États une certaine souplesse dans l'application qu'ils en font en accord avec leur droit national par la multiplication des possibilités offertes sur une même question. Il suffit, pour s'en convaincre, de regarder les

¹⁵⁸⁰ Article 288 TFUE

¹⁵⁸¹ En ce sens, voir FALLON (M.), « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, Dalloz, 2009, p.1, spéc. p.9 : « Force est de constater que le choix du législateur communautaire s'est porté jusqu'à présent sur le règlement de préférence à la directive ».

¹⁵⁸² BERGE (J.-S.), « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois » in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.206, spéc. p.223 : « Contrairement à une idée reçue, rien n'interdit en effet aux directives d'être dotées d'une intensité normative variable : très précises sur un point et plus vagues sur un autre ».

¹⁵⁸³ Voir, par exemple, MECARELLI (G.), *L'hypothèse d'un droit commun du procès. Réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, Thèse Paris II, 2002, spéc. n^{os} 145 et s., pp.119 et s. ; FOUCHARD (P.), « Une procédure civile transnationale : quelle fin et quels moyens ? », *Rev. dr. unif.*, 2001, p.779.

¹⁵⁸⁴ Du reste, la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, interprétées par la Cour européenne des droits de l'Homme, de même que la Charte des droits fondamentaux vont déjà en ce sens.

articles 13 et 14 du règlement instituant un titre exécutoire européen¹⁵⁸⁵. Loin d'imposer une règle unifiée précise, ces deux dispositions cumulent les modalités possibles pour la signification ou la notification de l'acte introductif d'instance. Les États devront, si ce n'est pas déjà le cas, seulement se conformer à l'une de ces modalités, sans doute différente, mais tout aussi acceptable que celle de l'État voisin¹⁵⁸⁶.

D'autre part, et partant d'une réforme de plus grande ampleur, la codification globale s'accommoderait mal de la directive. Pour Monsieur le Professeur Fallon, « *On peut établir l'hypothèse que la directive constitue l'instrument normal pour une codification fragmentaire, alors que le règlement le serait pour une codification globale, dont, probablement, il trace la perspective* »¹⁵⁸⁷. Pour l'auteur, « *lorsque la réglementation communautaire n'a pas pour objet de rapprocher les droits nationaux, ou encore lorsqu'elle constitue un ensemble normatif complet, en quelque sorte clos ou autosuffisant, le règlement s'impose, dans le premier cas parce que la directive ne peut être utilisée, dans le second cas parce qu'il est de nature à coexister avec une réglementation nationale à laquelle il ne se substitue pas, celle-ci continuant de jouer le rôle de droit commun* »¹⁵⁸⁸. Si ce que nous proposons ne correspond pas à un ensemble normatif complet de règles procédurales applicables aux conflits internationaux de droit privé, la complémentarité de la méthode conflictuelle et matérielle permet, par le renvoi à la loi du for, de faire de la réglementation nationale le droit commun applicable aux hypothèses non réglementées matériellement. L'utilisation de la méthode conflictuelle serait également harmonisée¹⁵⁸⁹.

421. Conclusion de la section. La codification du droit international privé, au sein de laquelle la procédure doit avoir une place de choix, apparaît comme un véritable besoin, dans sa version la plus aboutie : le « code-réforme ». Le règlement européen semble dès lors, sous réserve d'un instrument novateur et particulier, la voie adéquate. Il se présente également comme tel s'agissant, *a minima*, de l'adoption de règles procédurales harmonisées qui font aujourd'hui encore défaut.

¹⁵⁸⁵ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, B

¹⁵⁸⁶ Dans le même sens, voir ROCCATI (M.), *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Thèse Paris-Ouest Nanterre – La Défense, 2011, spéc. n°326, p.283 : « Cette définition détaillée des normes minimales, qui a pour objectif la sauvegarde des droits de la défense du débiteur, ménage l'autonomie procédurale des États membres en leur offrant plusieurs alternatives ».

¹⁵⁸⁷ FALLON (M.), article précité, spéc. p.10

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, p.11

¹⁵⁸⁹ Cf. *supra*, Partie 1

SECTION 2 : LE FOND DES REGLES A ADOPTER

422. Chronologie du procès. La lecture de la jurisprudence et de la doctrine tend à démontrer que d'autres règles de procédure posent actuellement des difficultés dans l'espace judiciaire européen, alors qu'elles ont une influence indéniable sur l'issue du litige. Toutefois, nous nous garderons de proposer trop de règles de procédure uniformisées, tant au regard du principe de proportionnalité qui limite la compétence de l'Union¹⁵⁹⁰, qu'au « *risque très sérieux d'empiètement sur la réglementation des droits substantiels – et donc de dépassement des compétences de l'Union européenne – en raison des liens, tant soulignés, que l'action en justice entretient avec le fond du litige* »¹⁵⁹¹. Par ailleurs, il est important de relever que seules les questions qualifiées de procédurales – au regard du critère de neutralité préalablement dégagé – ont potentiellement vocation à faire l'objet de règles matérielles de procédure et pourront être étudiées ici¹⁵⁹². De plus, au regard de la suppression de *l'exequatur* dans un certain nombre de matières, on pourrait s'interroger sur le respect des droits fondamentaux. Toutefois, comme évoqué précédemment¹⁵⁹³, l'œuvre de rapprochement opéré par la Convention européenne des Droits de l'Homme – à laquelle tous les États membres doivent nécessairement se soumettre – nous semble, de manière générale, déjà suffisamment imposer ce respect¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹⁰ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, B

¹⁵⁹¹ NIBOYET (M.-L.) et SERINET (Y.-M.), « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.87, spéc. p.91

¹⁵⁹² Sur ces questions, voir Partie 1. Par exemple, les intérêts moratoires, préalablement soumis à la *lex causae*, ne seront pas analysés sous l'angle des règles matérielles de procédure.

¹⁵⁹³ Cf. *supra*, Titre 2 (Introduction) et les références citées.

¹⁵⁹⁴ Pour ne prendre qu'un exemple concret, la libre circulation des décisions relatives à la responsabilité parentale dans le cadre du règlement Bruxelles II bis pourrait soulever la question des règles sur l'audition des mineurs. À cet égard, le Conseil de l'Europe n'impose pas de règles spécifiques. Toutefois, la Cour européenne des Droits de l'Homme a pu ponctuellement se prononcer sur cette question et poser quelques lignes fondamentales. Par exemple, elle a pu imposer que le témoignage de l'enfant soit recueilli dans un contexte serein, exempt de toute pression familiale (CEDH, *Sophia Gudrun Hansen contre Turquie*, 23 septembre 2003). De même, l'âge de l'enfant semble constituer un critère essentiel pour la CEDH (voir, par exemple, *Hokkanen contre Finlande*, 23 septembre 1994), en contrariété, par exemple, avec le droit allemand qui pose un principe absolu. Une telle position de la CEDH, associée au caractère exceptionnel de l'ordre public, nous semble devoir écarter tout risque pour la libre circulation des décisions. Sur les difficultés pouvant être soulevées, voir LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013, spéc. n°384, p.305. Sur les droits procéduraux du mineur reconnus par la CEDH, voir notamment, THUAN (G.), « La place du mineur dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Journal du Droit des jeunes – revue d'action juridique et sociale*, n°286, juin 2009, p.8, spéc. pp. 16-17.

De façon générale, la CEDH elle-même ne semble pas s'inquiéter d'une telle disparition qu'elle juge conforme à la Convention. Elle paraît ainsi poser une « *présomption de protection des droits fondamentaux* » (CUNIBERTI [G.], « Abolition de l'*exequatur* et présomption de protection des droits fondamentaux », *RCDIP*, 2014, p.303). Voir CEDH, Requête 3890/11, *Povse contre Autriche*, 18 juin 2013.

Il conviendra tout de même de s'interroger successivement – et en respectant l'ordre chronologique de la tenue du procès – sur un éventuel rapprochement nouveau des législations procédurales européennes en matière de litige transfrontière concernant l'action en justice (§2) puis l'instance (§3). Une question préalable s'avère cependant importante. Il s'agit du régime procédural que doit suivre l'exception d'incompétence reposant sur les règlements européens lorsque celle-ci est soulevée par les parties¹⁵⁹⁵, ou plus généralement des exceptions de procédure (§1).

§1 : LE REGIME PROCEDURAL DES EXCEPTIONS DE PROCEDURE

423. Position du problème. La question se pose de savoir si, à l'instar du droit français, les parties doivent ou non soulever les exceptions de procédure *in limine litis*. En l'état actuel du droit européen, la question est soumise à la *lex fori* en tant que loi de procédure. Madame Storskrubb relève ainsi – particulièrement dans le cadre du règlement portant injonction de payer européenne, mais l'affirmation est vraie pour toutes les règles de compétence – que les parties doivent, dans la majorité des États membres, soulever cette exception dès le début du procès – au début de la phase préalable ou lors d'une audience préliminaire spéciale –, mais que ce n'est pas le cas dans tous les systèmes judiciaires¹⁵⁹⁶.

Il est vrai qu'à première vue, la réponse à cette problématique n'a que peu d'incidence sur la résolution du litige au fond. Ce serait renier les conséquences qui ressortent du défaut, pour une partie, d'avoir soulevé, en temps et en heure, l'incompétence du juge sur le fondement des dispositions européennes unifiées. Dans un État où l'exception doit être soulevée *in limine litis*, le plaideur verra son litige soumis à une juridiction incompétente. Dans un État où une telle règle d'antériorité n'existe pas, l'exception pourra toujours être soulevée, et la juridiction véritablement désignée par les règles unifiées saisie.

424. Proposition de solution. L'arrêt *Elefanten Schuh*¹⁵⁹⁷ pose les prémisses d'une réponse sans pour autant affirmer clairement une règle. Il y est précisé que les parties n'ont pas nécessairement besoin de contester la compétence avant toute défense au fond. Mais elles

¹⁵⁹⁵ L'hypothèse n'a cependant d'intérêt que si le juge n'a pas l'obligation de soulever d'office son incompétence. Sur cette question, voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2. En effet, dans le cas contraire, l'absence de conséquence pour les parties implique l'absence totale d'intérêt à harmoniser cette question.

¹⁵⁹⁶ STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, spéc. p.216.

¹⁵⁹⁷ CJCE, Affaire 150/50, 24 juin 1981, *Elefanten Schuh GmbH contre Pierre Jacqmain*, Recueil 1981 page 01671

doivent le faire au plus tard au moment où cette première défense est exposée¹⁵⁹⁸. La Cour de justice pose ainsi une règle minimale qui est celle de la simultanéité de l'exception d'incompétence et des premières défenses au fond. Par ailleurs, il semble ressortir, selon Monsieur le Professeur Pataut, de la jurisprudence *Gantner* que la litispendance doit être soulevée au début du second procès. Si l'instrument européen de gestion des conflits de procédures, et donc de compétences, doit être soulevé en tout début de procès, il apparaîtrait logique que l'exception d'incompétence connaisse le même traitement procédural. Une généralisation pourrait dès lors être faite. Ce sont toutes les exceptions de procédure liées à la compétence – incompétence, litispendance et connexité – qui, pour toutes ces raisons, devraient être soulevées aux portes de l'instance. La même interprétation peut être donnée de la jurisprudence *Rorh*¹⁵⁹⁹. Dans cet arrêt, le Cour de justice a estimé que le droit européen « *permet au défendeur de contester non seulement la compétence, mais de présenter en même temps, à titre subsidiaire, une défense au fond, sans pour autant perdre le droit de soulever l'exception d'incompétence* ». C'est, selon la doctrine, exiger que l'exception d'incompétence soit soulevée « *au plus tard en même temps que la discussion au fond* »¹⁶⁰⁰. Dès lors, on serait, selon Monsieur le Professeur Pataut, « *Très proche de la règle française qui veut qu'une exception de procédure (dont fait partie l'exception d'incompétence) soit soulevée in limine litis* », puisque « *la solution implique que si la question n'a pas été soulevée d'entrée de jeu, et devant le juge de première instance, elle ne pourra plus jamais l'être* »¹⁶⁰¹.

La règle à privilégier semble ressortir ici de la logique. En effet, en imposant de soulever l'incompétence avant toute autre défense – ou au plus tard simultanément à la première défense —, certes, le risque est pris de soumettre un litige à un juge incompétent. Toutefois, dans un souci de bonne administration de la justice, de sécurité et de célérité, une telle règle permet d'éviter le dessaisissement d'une juridiction pour incompétence, alors même que l'instance est avancée, voire touche à sa fin. Cela permet ainsi d'empêcher les comportements dilatoires.

Il serait toutefois possible de s'interroger sur l'applicabilité d'un tel régime dans un État qui, en droit interne, ne connaît pas cette règle. En d'autres termes, l'existence d'un

¹⁵⁹⁸ §16 de la décision : « *la contestation de la compétence, si elle n'est pas préalable à toute défense de fond, ne peut en tout état de cause se situer après le moment de la prise de position considérée, par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi* ».

¹⁵⁹⁹ CJCE, Affaire 27/81, 22 octobre 1981, *Établissements Rohr Société anonyme contre Dina Ossberger*, Recueil 1981 page 02431, Conclusions Sir Gordon Slynn

¹⁶⁰⁰ PATAUT (E.), « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparaît sans soulever d'exception d'incompétence », *RCDIP*, 2010, p.575

¹⁶⁰¹ *Ibid.*

régime distinct selon que le litige soit interne ou international serait-elle problématique ? Il nous semble qu'une réponse négative s'impose. Preuve en est, il existe déjà dans certains États, par exemple en France, des questions procédurales qui ne reçoivent pas une réponse identique selon la présence d'un élément d'extranéité ou non. Par exemple, l'article 92 du Code de procédure civile prévoit que l'incompétence ne peut être relevée d'office par la cour d'appel ou la Cour de cassation que si la juridiction véritablement compétente appartient à l'ordre répressif ou administratif, ou – et c'est ce qui nous intéresse – s'il s'agit d'une juridiction étrangère. On a bien ici deux régimes distincts selon la présence d'un élément d'extranéité ou non, et aucune difficulté ne semble pouvoir particulièrement être relevée. C'est d'ailleurs le propre des règles matérielles internationales.

§2 : *L'ACTION EN JUSTICE*

425. Exclusion des questions substantielles. La nature hybride de l'action en justice n'est plus à démontrer, et certaines conditions ont même précédemment été qualifiées comme étant substantielles. Ainsi, qualité et prescription, de même que la capacité ont été ou devraient être qualifiées comme telles¹⁶⁰². Elles seront donc écartées de notre questionnement sur un éventuel rapprochement des législations procédurales relatives à l'action en justice. Certains éléments relatifs à l'intérêt à agir (*A*) et à l'autorité de chose jugée (*B*) retiennent cependant notre attention. De plus, la sanction d'un éventuel abus dans l'exercice de l'action en justice suscite également quelques interrogations (*C*).

A. L'intérêt à agir

426. Actions futures et actions de groupes. L'intérêt à agir doit, en droit français, revêtir, par principe, plusieurs caractères. Il doit être légitime, né et actuel, personnel et direct. Si le premier ne semble pas soulever particulièrement de difficultés du point de vue matériel¹⁶⁰³, la question d'une réglementation posant, au sein de l'espace judiciaire européen, l'interdiction ou l'acceptation des actions futures ou déclaratoires se pose (*1*). Quant au caractère direct et personnel de l'action, c'est surtout la vaste et très actuelle question de l'introduction d'une action de groupe européenne qui nous retiendra (*2*).

¹⁶⁰² Cf. *supra*, Partie 1, Titre 2

¹⁶⁰³ Pour les difficultés dans le cadre de la méthode conflictuelle, voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1, B, 2. La question d'un rapprochement des sanctions d'une action en justice dont le sérieux et la légitimité de l'intérêt fait défaut sera couverte dans le cadre de l'abus du droit d'agir, *infra*, C.

1. *L'intérêt né et actuel*

427. Contexte et position du problème. Les législations des États membres relativement à la question des actions préventives – conservatoires, déclaratoires, interrogatoires ou provocatoires – permettant, par exemple, de faire établir une absence de responsabilité, sont, dans le cadre de l'espace judiciaire européen, très divergentes. Ainsi, une telle action pourra être menée devant les juridictions néerlandaises. De même, il semble que, sans l'accepter de façon générale, les juges britanniques soient relativement enclins à l'accepter sous réserve de la démonstration de leur utilité¹⁶⁰⁴. En revanche, une telle action ne paraît pas envisageable en France. En effet, l'exigence d'un intérêt né et actuel semble dénier toute possibilité d'une action préventive. Si les actions interrogatoires et provocatoires sont clairement impossibles¹⁶⁰⁵, les actions conservatoires et déclaratoires peuvent connaître quelques exceptions marginales et encadrées. Toutefois, des arrêts du 9 juin 2011¹⁶⁰⁶, du 21 septembre 2011¹⁶⁰⁷ ou encore du 7 décembre 2011¹⁶⁰⁸ ont conduit certains auteurs à penser que les actions préventives commençaient à être prises en compte par le droit français¹⁶⁰⁹. D'autres n'y voient que la distinction entre l'exigence d'un intérêt né et actuel et l'absence d'exigence d'un litige né et actuel¹⁶¹⁰. L'accueil des actions déclaratoires en particulier, et

¹⁶⁰⁴ CUNIBERTI (G.), « Action déclaratoire et droit judiciaire européen », *JDI*, 2004, p.77, spéc. n°6

¹⁶⁰⁵ En ce sens, voir par exemple, Cass. 3^{ème} Civ., 8 décembre 1999, *Bull. civ. III* n°231

¹⁶⁰⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 9 juin 2011, *Bull. civ. I* n°111. Dans cet arrêt, l'héritière de dettes avait engagé une action à l'encontre d'une banque afin de voir constater sa créance comme étant prescrite, alors même que la banque n'avait pas encore manifesté une quelconque prétention à son encontre. La Cour de cassation a rejeté l'argument tiré de l'interdiction de l'action préventive pour déclarer la demande recevable, jetant le doute aux vues des faits. Toutefois, selon les juges du Quai de l'Horloge, s'il n'y avait pas de litige né et actuel, l'héritière avait bien un intérêt né et actuel consistant dans le fait de « faire constater la prescription de la créance de la banque afin de lui permettre de connaître la consistance exacte du patrimoine dont elle avait hérité et l'étendue des droits dont elle pouvait disposer compte tenu des hypothèques garantissant cette créance ».

¹⁶⁰⁷ Cass. 3^{ème} Civ., 21 septembre 2011, pourvoi n°10-17.036, *inédit*. La Cour de cassation y a jugé qu'en raison de l'obligation de garantie du vendeur, une SCI avait intérêt né et actuel à agir en suppression de canalisations contre les voisins d'une copropriété qu'elle avait elle-même vendue – en l'état futur d'achèvement – alors même que le syndicat de copropriétaires n'avait pas encore fait état d'une quelconque volonté d'agir.

¹⁶⁰⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2011, *Bull. civ. I* n°210. La Cour de cassation consacre l'action déclaratoire en matière de compétence internationale qui avait déjà été admise (mais non confirmée) par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 6 mars 2008. Plus précisément, le juge français a reconnu l'action lui demandant de se déclarer incompétent recevable. Sur cet arrêt, voir notamment THERY (Ph.), « Consécration d'une action déclaratoire en matière de compétence internationale », *RTDCiv.*, 2012, p.367 ; ou encore DELEBECQUE (Ph.), « Crash aérien : les options de compétence de la Convention de Montréal sont des prérogatives propres aux demandeurs », *D.*, 2012, p.254.

¹⁶⁰⁹ En ce sens, voir PERROT (R.), « Intérêt à agir : la notion d'intérêt né et actuel », *RTDCiv.*, 2012, p.146. Toutefois, Monsieur le Professeur Théry y décèle plutôt, particulièrement dans l'arrêt du 7 décembre, « qu'une action déclaratoire n'est pas nécessairement une action préventive » (THERY [Ph.], *op. cit.*).

¹⁶¹⁰ Compte tenu de la motivation des juges de cassation, l'action préventive ne serait pas consacrée, et le principe de l'intérêt né et actuel – et non du litige né et actuel – paraît garder sa force. En ce sens, voir notamment GRAYOT-DIRX (S.), « Une action en justice peut-elle naître indépendamment d'un litige ? », *D.*, 2011, p.2311

préventives en général, est donc loin d'être une évidence dans notre droit, même si de telles hypothèses se développent indéniablement.

Monsieur le Professeur Cuniberti s'est interrogé sur les liens que pouvaient entretenir ces actions déclaratoires et le droit judiciaire européen¹⁶¹¹. Du point de vue général, il déplore le fait que seuls certains plaideurs, en fonction des faits de l'espèce et des options de compétence ouvertes, se verront soumis au choix de leur adversaire en raison de l'irrecevabilité d'une action déclaratoire dans certains États¹⁶¹². L'égal accès à la justice, composante de l'espace judiciaire européen, ne semble, de ce fait, pas atteint. Monsieur le Professeur Théry parle alors d'un « *critère supplémentaire de sélection pour le forum shopping* »¹⁶¹³. Mais, en admettant une telle action déclaratoire, notamment une action négative en déclaration de non-responsabilité, la place procédurale des parties se trouve inversée. Le défendeur naturel à une action en responsabilité se trouve demandeur. Il pourra dès lors imposer ses choix de compétence et procéduraux à son adversaire, souvent victime des agissements du premier¹⁶¹⁴. Au regard des règles mécaniques de la litispendance, « *la manipulation des options de compétence devient facile* »¹⁶¹⁵. Pour contrer une action en responsabilité imminente qui lui serait défavorable – ou tout du moins procéduralement plus contraignante – dans un autre État, le plaideur se hâtera d'engager une action déclaratoire en non-responsabilité dans un État qui la reçoit. Le critère chronologique étant impératif, ce juge premier saisi connaîtra nécessairement de l'affaire. Du point de vue intellectuel, l'idée est déplaisante. Celle d'un abus semble même proche¹⁶¹⁶. Et les conséquences sont, au regard d'une application stricte du droit judiciaire européen actuel, loin d'être négligeables dans l'hypothèse où la juridiction première saisie de cette action négative déclare celle-ci irrecevable. C'est l'hypothèse développée par Monsieur le Professeur Cuniberti¹⁶¹⁷. Une juridiction a déclaré irrecevable une action en non-responsabilité dans un État membre – par

¹⁶¹¹ CUNIBERTI (G.), « Action déclaratoire et droit judiciaire européen », *JDI*, 2004, p.77

¹⁶¹² *Ibid.*, n°2 : « *Le défendeur, en revanche, est condamné à subir ce choix dans l'hypothèse où le juge qu'il souhaiterait saisir connaît une règle procédurale équivalente à celle qui, en France, exige un intérêt né et actuel à défendre pour exercer une action : un défendeur ne pourrait donc saisir le juge dont la loi procédurale comporterait une telle règle d'une action déclarant la future (éventuelle ?) action de son adversaire mal-fondée. En France, par exemple, une telle action déclaratoire serait, a priori et sauf exception, irrecevable.* »

¹⁶¹³ THERY (Ph.), « Quand la procédure joue contre la compétence : quelques exemples empruntés au contentieux international », *RTD Civ.*, 2013, p.166

¹⁶¹⁴ CUNIBERTI (G.), *op. cit.*, n°3 : « *La possibilité existe donc au sein de l'espace judiciaire européen d'intenter de telles actions déclaratoires négatives afin d'imposer à la partie adverse le choix d'un tribunal correspondant mieux aux intérêts de celui qui aurait logiquement dû être le défendeur* »

¹⁶¹⁵ THERY (Ph.), « La compétence », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.45, spéc. p.53

¹⁶¹⁶ CUNIBERTI (G.), *article précité*, n°12

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, n°14 et s.

exemple en France – en raison de ses règles procédurales. Puis, une action en responsabilité, dans la même affaire, est intentée dans un autre État membre. Cette seconde action sera irrecevable sur le fondement de l'autorité de chose jugée – liée à la reconnaissance de plein droit – bien que l'affaire n'ait jamais été jugée au fond. La solution semble sévère, mais c'est pourtant celle qui, au terme du raisonnement de l'auteur, paraît être la seule concevable compte tenu du droit positif. En effet, il a été jugé que litispendance et autorité de chose jugée avaient, en droit européen, les mêmes conditions¹⁶¹⁸. Dès lors, tout comme il y a litispendance entre une action en non responsabilité et une action en responsabilité selon l'arrêt *The Tatry*¹⁶¹⁹, il semblerait que les conditions soient réunies pour retenir l'autorité de chose jugée entre les deux décisions. Refuser la reconnaissance conduirait à un risque de décision inconciliable puisque la première serait nécessairement une décision de non-condamnation liée à l'irrecevabilité, alors que la seconde pourrait, au contraire, conduire à reconnaître la responsabilité du défendeur – demandeur en première instance. L'arrêt *Italian Leather*¹⁶²⁰ va dans ce sens. Dans cette affaire, un litige relatif à un contrat de distribution a été porté en premier lieu devant les juridictions allemandes auxquelles étaient demandées, en référé, des mesures provisoires et conservatoires. Celles-ci déclarèrent la demande irrecevable sur le fondement d'une règle procédurale. Dans le même temps, la même demande a été formée devant les juridictions italiennes qui y firent droit. Demandant l'*exequatur* de la décision italienne devant les juridictions allemandes, toute la question était de savoir si ces deux décisions, l'une d'irrecevabilité, l'autre faisant droit à la demande, pouvaient être considérées comme inconciliables. Or, pour la Cour, « *l'inconciliabilité caractérise les effets des décisions juridictionnelles ; elle ne concerne pas les conditions de recevabilité et de procédure, éventuellement variables d'un État contractant à l'autre, au respect desquelles est subordonnée l'adoption desdites décisions* ». Dès lors, la seconde action serait, dans notre hypothèse, impossible¹⁶²¹. Ne serait-ce pas là organiser un déni de justice ? La difficulté est

¹⁶¹⁸ CJCE, Affaire 42/76, 30 novembre 1976, *Jozef de Wolf contre Harry Cox BV*, Recueil 1976 page 01759, Conclusions Mayras, point 10 de la décision : « *il serait donc incompatible avec le sens des dispositions citées d'admettre un recours ayant le même objet et forme entre les mêmes parties qu'un recours déjà tranché par une juridiction d'un autre État contractant* ». Les juges européens énoncent même aux points 11 et 12 le lien entre litispendance et autorité de chose jugée qui se retrouve dans la volonté d'éviter à un même litige d'être jugé deux fois.

¹⁶¹⁹ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, E, 2.

¹⁶²⁰ CJCE, Affaire C-80/00, 6 juin 2002, *Italian Leather SpA contre WECO Polstermöbel GmbH & Co.*, Recueil 2002 page I-04995, Conclusions Léger.

¹⁶²¹ CUNIBERTI (G.), *article précité*, n°16 : « *Il semble donc bien résulter de la jurisprudence de la Cour de justice que l'autorité de chose jugée de la décision française déclarant une action déclaratoire irrecevable interdit au juge étranger de connaître de l'action en responsabilité du demandeur devant un autre juge de l'espace judiciaire européen.* »

majeure, la question de l'admission de l'action déclaratoire dans le droit judiciaire européen posée.

428. L'actuelle contradiction européenne. La position de l'Union européenne paraît assez ambiguë. En effet, la formulation de la règle de conflit de juridictions en matière délictuelle, issue de la transformation de la Convention de Bruxelles en règlement, laissait à penser que le législateur européen entendait ouvrir les actions préventives internationales dans le cadre de l'espace judiciaire européen¹⁶²². Alors que la Convention ne visait que « *lieu où le fait dommageable s'est produit* », l'article 5§3 du règlement Bruxelles I – devenu l'article 7§2 du règlement Bruxelles I bis – prévoit la compétence de la juridiction « *du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ».

Pour autant, aucune règle de recevabilité n'a été édictée pour accompagner cette nouvelle offre de compétence. De fait, un renvoi au droit national doit être effectué¹⁶²³. Si la solution semblait implicite dans le règlement, l'arrêt *Folien Fisher*¹⁶²⁴ a clairement posé la distinction entre la compétence et la recevabilité d'une telle action. Une juridiction pourra – on le savait, mais le juge européen l'a confirmé – être compétente, puis déclarer la demande irrecevable car non conforme au droit procédural du for.

429. Solution proposée. Plusieurs actions semblent nécessaires pour combler cette lacune. La plus radicale, et surtout la plus évidente, consisterait à créer une règle matérielle prévoyant, dans le cadre des actions transfrontières de l'espace judiciaire européen, l'admission, *a minima*, des actions déclaratoires. Elle se justifierait au titre de l'effet utile du règlement, et pourrait même résulter d'une jurisprudence de la Cour siégeant à Luxembourg condamnant une « *délimitation trop restrictive de l'intérêt à agir* »¹⁶²⁵ qui conduirait à rendre ce chef de compétence inutile. En effet, à notre connaissance, aucune autre hypothèse que de telles actions ne pourrait être couverte par « *le risque de se produire* », hormis, peut-être quelques hypothèses d'actions en référé. Le champ d'application paraîtrait bien limité. Quand bien même, plus largement, il semblerait que ce soit l'absence d'uniformité entre les différentes législations nationales qui puisse être considérée comme une atteinte à l'effet utile

¹⁶²² NIBOYET (M.-L.), « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.*, 2001, p.943, spéc. p.946

¹⁶²³ NIBOYET (M.-L.) et SERINET (Y.-M.), « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.87, spéc. n°10, p.89

¹⁶²⁴ CJUE, Affaire C-133/11, 25 octobre 2012, *Folien Fischer AG et Fofitec AG contre Ritrama SpA*, Conclusions Niilo Jääskinen.

¹⁶²⁵ NIBOYET (M.-L.) et SERINET (Y.-M.), *loc. cit.*

du règlement puisque celui-ci ne recevra pas la même application en tout lieu¹⁶²⁶. Dès lors, une règle matérielle unifiée apparaîtrait nécessaire. En l'état actuel du règlement, seule l'admission de ce type de recours paraît plausible. Par suite, les difficultés liées à l'autorité de chose jugée des jugements d'irrecevabilité de telles actions se trouveraient elles aussi anéanties. De plus, le rejet des « consultations juridiques », argument en défaveur de telles actions, pourrait être préservé en obligeant le juge à s'assurer qu'il existe tout de même un intérêt à protéger, « *une circonstance particulière qui crée l'intérêt à agir* »¹⁶²⁷. Le risque devrait être réel, et ne pas constituer une simple possibilité théorique. On se rapprocherait en fait de l'hypothèse des arrêts de 2011 précités. Il ne s'agirait pas, finalement, de consacrer pleinement l'action préventive, mais d'ouvrir un peu plus largement l'exigence de l'intérêt né et actuel, comme cela semble être la dynamique en droit français. Ce dernier élément démontre en outre qu'une telle possibilité est acceptable, même des États les plus, théoriquement, réticents. Ce serait, pour reprendre les mots de Monsieur le Professeur Perrot, « *un signe des temps : par son esprit, l'action préventive rejoint le principe de précaution. Elle peut donc trouver sa justification dans cette idée, développée depuis longtemps par la doctrine allemande, selon laquelle toute menace suffisamment sérieuse sur un rapport de droit constitue d'ores et déjà un "intérêt de sécurité" qui, lui, est né et actuel* »¹⁶²⁸.

Pourtant, une règle qui irait en ce sens ne réglerait pas « *la perturbation qu'entraînent les actions négatives et, surtout, le risque de détournement des règles qu'elles permettent* », et qui « *constituent elles aussi une atteinte au bon fonctionnement des règles européennes* »¹⁶²⁹. Au-delà des cas particuliers, ne seront ainsi pas privées d'effet les actions relatives à la propriété intellectuelle connues sous le nom de « torpilles italiennes »¹⁶³⁰. Aussi, conviendrait-il de l'assortir de certaines garanties. Par conséquent, afin de prévenir les

¹⁶²⁶ Ibid., p.90 : « D'aucuns pourraient même estimer que l'absence d'uniformité entre les droits nationaux procéduraux des États membres porte atteinte, en tant que telle, à l'effet utile du règlement, dans la logique de l'interdiction qui a été faite aux juges britanniques d'user dans l'espace judiciaire européen des injonctions de ne pas poursuivre. En d'autres termes, les distorsions entre les systèmes procéduraux des États membres pourraient être condamnées en raison du principe de primauté du droit de l'Union européenne et de ses corollaires les principes d'équivalence et d'efficacité ».

¹⁶²⁷ THERY (Ph.), « Consécration d'une action déclaratoire en matière de compétence internationale », *RTD Civ.*, 2012, p.367

¹⁶²⁸ PERROT (R.), « Intérêt à agir : la notion d'intérêt né et actuel », *RTD Civ.*, 2012, p.146

¹⁶²⁹ THERY (Ph.), « Quand la procédure joue contre la compétence : quelques exemples empruntés au contentieux international », *RTD Civ.*, 2013, p.166

¹⁶³⁰ Il s'agit d'actions, intentées devant des juridictions connues pour leur lenteur (en particulier les juridictions italiennes, d'où leur nom), dont l'objet est de faire déclarer à l'encontre du titulaire d'un brevet que les activités du demandeur ne portent pas atteinte à ce brevet. Cette action permet, le temps de l'instance, d'exploiter le bien en cause sans que les titulaires du brevet ne puissent agir sous peine de se voir opposer la litispendance. Sur cette action et une possible sanction par l'abus de *forum shopping*, voir USUNIER (L.), « Le règlement Bruxelles 1 Bis et la théorie de l'abus de droit », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d'E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.449, spéc. p.457

manipulations de compétence dans le cadre des actions en responsabilité délictuelle du règlement Bruxelles I, il pourrait être envisagé d'exclure les actions en non-responsabilité du champ d'application de l'article 5§3 pour ne les soumettre qu'à l'article 2. Plus encore, il a été proposé, mais non retenu par le règlement Bruxelles I bis, que la règle *prior tempore* dans le cadre de la litispendance ne s'applique pas¹⁶³¹. La multiplication artificielle des chefs de compétence au profit du demandeur – potentiel responsable du dommage – serait de ce fait court-circuitée. C'était d'ailleurs le sens des conclusions de Monsieur l'Avocat général Niilo Jääskinen dans l'affaire *Folien Fisher*. Bien que non suivi par la Cour, il a exprimé l'idée que « le fait d'admettre qu'une action en constatation négative en matière délictuelle pourrait être fondée sur le chef de compétence spéciale prévu à l'article 5, point 3, du règlement n°44/2001 serait, à [s]on avis, susceptible d'aggraver les risques d'actions torpilles, en donnant aux auteurs de faits dommageables potentiels le choix d'agir devant une juridiction autre que celle du domicile du défendeur »¹⁶³². Partageant l'avis de ce dernier, Monsieur le Professeur Théry revendique même la volonté, dans ce cadre particulier, de ne pas maintenir une « distinction aussi rigoureuse de la procédure et de la compétence »¹⁶³³.

2. L'action de groupe

430. Les divergences nationales actuelles. Si elle n'est pas exclusive, la question de l'admission des actions de groupe ressortit évidemment en partie à la loi applicable à la loi procédure¹⁶³⁴. Une action collective ne pourra être menée devant une juridiction que si sa loi procédurale l'autorise. Or, en l'état actuel des législations, des divergences entre les législations des États membres sont indéniables. En France, c'est la récente loi du

¹⁶³¹ GAUDEMET-TALLON (H.), « De l'abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.383, spéc. p.393

¹⁶³² Conclusions, §70

¹⁶³³ THERY (Ph.), « Quand la procédure joue contre la compétence : quelques exemples empruntés au contentieux international », *loc. cit.* : « Le renvoi à la distinction de la compétence et de la recevabilité s'impose certainement lorsque l'on envisage la recevabilité d'une demande déterminée (X a-t-il, concrètement, intérêt ou qualité pour former la demande ?). C'est au juge saisi, et à lui seul, qu'il revient d'examiner cette question, si elle se pose, parce qu'il s'agit de questions de procédure concrètement liées au litige portées devant lui. Il n'est pas certain, en revanche qu'une distinction aussi rigoureuse de la procédure et de la compétence soit souhaitable lorsque l'on est en présence d'une règle générale – la recevabilité des demandes négatives – dont la pratique montre qu'elle interfère dans l'application du Règlement. De ce point de vue, la solution proposée par l'avocat général qui suggérerait d'écarter les demandes négatives lorsque le chef de compétence revendiqué n'était pas le domicile du défendeur permettait de limiter les inconvénients de ces demandes sans empiéter sur le droit des États de régler leur procédure comme il leur semble bon. »

¹⁶³⁴ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1, B., 2. En ce sens, voir par exemple, BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°192, p.222.

17 mars 2014¹⁶³⁵ qui a véritablement¹⁶³⁶ introduit l'action de groupe¹⁶³⁷ dans notre système procédural. L'action mise en place n'est ouverte que pour les litiges de droit de la consommation dans le cadre de contrats de vente ou de prestations de service, ou en cas de pratiques anticoncurrentielles¹⁶³⁸. En revanche, les litiges de droit de l'environnement ou de droit de la santé ne peuvent, pour le moment¹⁶³⁹, bénéficier des avantages d'une telle action. La réparation pouvant être obtenue exclut le préjudice moral¹⁶⁴⁰. Ne peuvent ainsi être dédommagés que les « *préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels* »¹⁶⁴¹. L'initiative de l'action est confiée aux associations nationales agréées. Il est mis en place un

¹⁶³⁵ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JORF n°0065 du 18 mars 2014, page 5400, texte n°1) mise en œuvre par le décret d'application n°2014-1081 du 24 septembre 2014 (JORF n°0223 du 26 septembre 2014, p.15643, texte n°6). Sur cette loi, la littérature est extrêmement abondante. Voir notamment, AZAR-BAUD (M. J.), « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.*, 2013, p.1487 ; GRANDJEAN (J.-P.), « Action de groupe : petit pas ou pas de géant ? », *JCP G*, 30 septembre 2013, 1007 ; MOLFESSIS (N.), « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p.947 ; NOURISSAT (C.), « Action de groupe : une vraie conquête démocratique... », *Procédures*, Octobre 2013, repère 9 ; PIEDELIEVRE (S.), « La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2014, n°88, p.11 ; REBEYROL (V.), « La nouvelle action de groupe », *D.*, 2014, p.940 ; CLAUDEL (E.), « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD Com.*, 2014, p.339 et les nombreuses références citées.

¹⁶³⁶ Le droit français connaissait déjà de l'action en représentation conjointe. Il s'agit d'une action menée par les associations de consommateurs agréées au nom de plusieurs consommateurs identifiés dont le préjudice résulte d'une même cause. Elle suppose un mandat exprès qui ne peut être provoqué. Elle n'a que peu de succès en pratique, bien qu'ayant été étendue à la matière boursière et environnementale. Voir par exemple, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n°392, p.292, et les nombreuses références citées. Sur l'échec de l'action en droit environnemental, voir BORE (L.), « Action collective et protection de l'environnement », in *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions* sous la direction d'O. BOSKOVIC, Dalloz, 2010, p.47.

¹⁶³⁷ Pour une définition de l'action de groupe, voir par exemple, SERAGLINI (C.), « Les effets en France des actions de groupe étrangères », *TCFDIP*, 2008-2010, p.157, spéc. p.158 : « *action en justice introduite par un représentant – ou, en tout cas, par une personne qui se présente représentative d'une catégorie de justiciables – pour le compte de tout un groupe – ou "classe" – de personnes ayant des droits identiques ou similaires, et qui devrait aboutir à un jugement ou, plus généralement, à un acte et notamment à une transaction, ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres du groupe. Ainsi, l'action de groupe est une procédure qui concerne, non pas un seul individu, mais un groupe, une catégorie, une "classe", d'individus victimes d'un même acte ou d'un même comportement répréhensible de la part du défendeur à l'action elle permet à une personne ou à un groupement jugé représentatif d'agir au nom de ce groupe, de cette "classe"* ».

¹⁶³⁸ Sur cet aspect, voir CHAGNY (M.) et PIRONON (V.), « Les recours collectifs en droit du marché », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.203.

¹⁶³⁹ Sur une possible extension, voir cependant l'article 2, VI de la loi : « *VI. — Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement.* ».

Au demeurant, une proposition de loi n°1692 a déjà été déposée le 14 janvier 2014 visant à instaurer une action de groupe étendue aux questions environnementales et de santé. Le même jour, la proposition n°1699 pour l'instauration d'une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités a été enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale.

¹⁶⁴⁰ Certains auteurs ont dès lors pu douter de la conformité de la loi au principe de réparation intégral du préjudice. Voir, par exemple, PIEDELIEVRE (S.), « La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2014, n°88, p.11.

¹⁶⁴¹ Article L423-1 Code de la consommation.

système en deux étapes. En premier lieu, le juge saisi statue sur la recevabilité et le principe de la responsabilité du professionnel. Il définit également le groupe de consommateurs concerné, et les dommages réparables. Les éléments permettant d'évaluer celui-ci sont également fixés par le juge. Les consommateurs ont ensuite entre deux et six mois, selon le délai fixé par le juge, pour adhérer au groupe. Cette adhésion permet, en second lieu, aux consommateurs d'être indemnisés en application des modalités fixées par le juge. Par ailleurs, dans le cas où le groupe de consommateurs est clairement défini tant dans son nombre que dans les individus qui le constituent, et que le montant de la réparation est identique pour chacun d'entre eux, ils peuvent bénéficier d'une action de groupe simplifiée.

Par suite, une recherche, même superficielle, des dispositions procédurales nationales des autres États membres permet de vite se rendre compte des profondes divergences existantes « *y compris au sein de l'Union européenne* »¹⁶⁴². Une action de groupe sera possible ici, et impossible là, en raison de la procédure. L'égal accès à la justice se trouverait ainsi entravée¹⁶⁴³. Près de la moitié des États membres n'en sont pas dotés, principalement les derniers arrivants¹⁶⁴⁴. Et pour ceux qui l'ont instauré, les modalités procédurales sont très hétérogènes. L'Italie, la Suède ou encore l'Allemagne ont choisi l'*opt-in*, alors que le Portugal, ou encore la Norvège ont mis en place un système se rapprochant de l'*opt-out* américain. Le Royaume-Uni s'interrogeait en 2013 sur l'insertion dans sa législation sur les actions de groupe, de quelques cas d'*opt-out*. Les Pays-Bas connaissent également de ce système d'*opting-out*. Mais son originalité tient surtout au fait qu'une transaction est d'abord conclue, homologuée puis imposée à l'ensemble des membres du groupe qui ne sont pas expressément sortis du groupe¹⁶⁴⁵. Ces deux derniers États – mais le phénomène a tendance à s'amplifier – semblent également de plus en plus enclins à admettre les actions de groupe

¹⁶⁴² DEBOURG (C.), « La portée internationale des actions collectives », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel* sous la direction d'I. OMARJEE et L. SINOPOLI, Dalloz, 2014, p.85, spéc. p.86

¹⁶⁴³ BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°203, spéc. p.236. Les auteurs soulèvent particulièrement ce problème s'agissant de la solution envisagée par le Royaume-Uni selon laquelle l'*opt-out* ne serait accessible que pour les domiciliés de l'État. L'inégalité est alors flagrante, et paraît incompatible avec l'espace judiciaire européen.

¹⁶⁴⁴ En ce sens, voir la réponse du Bureau européen des unions des consommateurs au Livre vert sur l'action de groupe. Celle-ci est disponible sur le site internet de la Commission à l'adresse suivante http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/responses/BEUC_fr.pdf.

Plus spécialement, voir page 4 et 5. À noter que depuis, l'Italie, citée en exemple, s'est dotée d'un tel mécanisme en 2010.

¹⁶⁴⁵ Sur cette action, voir KUIPERS (J.-J.), « La loi sur le règlement collectif des dommages de masse aux Pays-Bas et ses ambitions dans l'espace judiciaire européen », *RIDC*, 2012, p.213

internationales¹⁶⁴⁶. Celles-ci auront vocation à circuler, notamment dans l'espace judiciaire européen, puisque touchant des ressortissants ou résidents étrangers.

431. Les difficultés dans l'espace judiciaire européen. Cette multiplication des actions de groupe internationales intra-européennes, associée au développement du marché commun, pose nécessairement la question de la circulation des décisions qui seront alors rendues, et des conséquences de celles-ci sur des procédures dans d'autres États membres. Trois questions procédurales, soulevées par ces divergences du même ordre, peuvent dès lors se poser. La première est celle relative aux éventuels conflits de procédures. La deuxième, pouvant être liée à la première, a trait à l'autorité de chose jugée dans les systèmes privilégiant *l'opting-out*. La troisième et dernière question, et sans aucun doute la plus délicate, est le problème de la conformité de certaines modalités procédurales des actions de groupe étrangères avec l'ordre public procédural d'autres États membres.

Il a ainsi été soulevé la question d'un éventuel conflit de procédures. Or, on peut se demander quelles dispositions seraient applicables, celles relatives à la litispendance ou celles relatives à la connexité.¹⁶⁴⁷ La litispendance semble la plus adéquate, mais elle incite, en raison du critère chronologique, à une « *course à l'action de groupe* »¹⁶⁴⁸. Toutefois, il est difficile d'imaginer que l'on pourrait opposer la litispendance à un justiciable agissant à titre personnel devant les juridictions d'un autre État membre, alors que l'action de groupe internationale menée à l'étranger prévoit *l'opting-out*. On rejoint ici la problématique de l'autorité de chose jugée d'une décision issue d'une action de groupe par rapport à une action menée par un individu seul. Partant du système américain, mais le raisonnement semble valable pour toutes les actions de groupe instaurant cette modalité, Madame le Professeur Niboyet estime, et nous la suivons dans son avis, qu'il paraît peu probable qu'il y ait autorité de chose jugée. En effet, selon elle, le demandeur ne serait pas regardé comme partie au litige étranger. Par suite, il n'y aurait pas identité de parties, et donc pas d'autorité de chose

¹⁶⁴⁶ DEBOURG (C.), « La portée internationale des actions collectives », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel* sous la direction d'I. OMARJEE et L. SINOPOLI, Dalloz, 2014, p.85, spéc. p.86.

Voir par exemple, CA Amsterdam, 12 novembre 2010. Dans cette décision, les juges néerlandais ont accepté d'être saisis d'une action de groupe sur le fondement du règlement Bruxelles I. L'originalité de la procédure pourrait faire douter de l'applicabilité de Bruxelles I s'agissant de l'homologation d'une transaction et sans que ne soit identifié un défendeur. Sur cette décision et en ce sens, voir PERREAU SAUSSINE (L.), « Quelle place pour les class actions dans le règlement Bruxelles I ? », *JCP G.*, 2011, p.992.

¹⁶⁴⁷ Soulevant cette problématique, *ibid.*, spéc. pp.130 et s.

¹⁶⁴⁸ *Loc. cit.*

jugée¹⁶⁴⁹. L'analyse s'applique de la même façon à la litispendance. Pouvant agir individuellement dans certains États membres, mais pas dans tous au gré de la réalisation des chefs de compétence, la difficulté a de quoi faire douter d'une réelle égalité entre les justiciables.

Néanmoins, la difficulté la plus importante tient dans la libre circulation des décisions prônée dans l'espace judiciaire européen qui, en application de l'ordre public procédural dans sa version atténuée¹⁶⁵⁰, pourrait parfois être mise à mal du fait des divergences entre les règles de procédure relatives à l'action de groupe. En effet, bien qu'aujourd'hui, l'*exequatur* soit, dans l'espace judiciaire européen, de plus en plus souvent supprimé *a priori*, le contrôle de la conformité à l'ordre public conserve au moins vocation à s'appliquer dans certaines matières et *a posteriori*. Aussi, la contrariété à l'ordre public pourra toujours être un frein à la libre circulation des décisions issues d'action de groupe puisqu'il pourra notamment être vérifié à titre incident¹⁶⁵¹. Encore faut-il cependant que les modalités procédurales d'une action de groupe, et plus particulièrement une action de groupe fondée sur *l'opt-out*, soient contraires à l'ordre public procédural de certains États membres. Deux exemples, classique en la matière seront pris : l'Allemagne et la France. Le premier est régulièrement cité à titre d'illustration en raison d'une décision du *Landgericht* de Stuttgart en date du 24 novembre 1999¹⁶⁵². Dans cette décision allemande, rendue à propos d'une *class action* américaine – mais il semble peu probable, aux vues des arguments exposés que la décision soit autre pour un pays européen reprenant les modalités critiquées –, une action était menée en Allemagne à laquelle on opposait la litispendance par rapport à une *class action* américaine. Cet argument fut rejeté « au motif que la décision américaine ne serait pas exécutable en Allemagne, puisque, englobant l'ensemble des demandeurs, y compris ceux qui n'ont pas été avertis, elle se

¹⁶⁴⁹ NIBOYET (M.-L.), « Action de groupe et droit international privé », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.78. Dans le même sens, voir LEMONTEY (J.) et MICHON (N.), « Les “class actions” américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI*, 2009, p.535, spéc. n°56 à 64.

¹⁶⁵⁰ Pour Monsieur le Professeur Seraglini, il s'agit même du seul véritable obstacle dans la reconnaissance des actions de groupe étrangères. SERAGLINI (C.), « Les effets en France des actions de groupe étrangères », *TCFDIP*, 2008-2010, p.157, spéc. p.169.

¹⁶⁵¹ DEBOURG (C.), « La portée internationale des actions collectives », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel* sous la direction d'I. OMARJEE et L. SINOPOLI, Dalloz, 2014, p.85, spéc. p.125

¹⁶⁵² Dans le même sens, le juge américain a refusé d'inclure les actionnaires allemands de la classe dans l'affaire *Vivendi*. Sur le raisonnement suivi par le juge américain, voir MUIR WATT (H.), « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétence déléguée : sur le droit international privé des actions de groupe (À propos de l'affaire *Vivendi Universal*) », *RCDIP*, 2008, p.581.

Pour certifier une « classe », le juge américain doit, aux termes de l'article 23 du *Federal Rules of civil procedure*, notamment s'assurer que l'action de groupe est « supérieure » à toute autre action. Dans le cadre d'actions internationales, le magistrat doit par exemple examiner s'il est « quasi-certain » que la décision ne pourra être reconnue et exécutée à l'étranger, auquel cas elle exclut les ressortissants des États concernés. Or, la juridiction d'outre-Atlantique a exclu les actionnaires allemands et autrichiens estimant qu'il était quasi-certain que la décision ne pourra être opposée aux ressortissants de ces États.

heurtrait aux principes procéduraux fondamentaux du droit allemand “et des autres systèmes continentaux”, et donc ne pouvait être reconnue en tant que contraire à l’“ordre public” »¹⁶⁵³. Sauf à instaurer un système d’information rigoureux des membres du groupe, c’est bien l’*opt-out* qui est ici condamné par le juge allemand¹⁶⁵⁴. Par exemple, une décision néerlandaise issue d’une action de groupe, ne semblerait pas pouvoir être exécutée en Allemagne, sans doute d’autant plus si l’on prend en considération le caractère particulier de celle-ci¹⁶⁵⁵. La libre circulation des décisions, composante de l’espace judiciaire européen, apparaît donc entravée par les divergences procédurales. En droit français également, le problème de la compatibilité des actions de groupe à l’ordre public pose question. Les arguments avancés sont nombreux et cette liste « *peut impressionner le commun des mortels* »¹⁶⁵⁶. Pour reprendre celle énumérée par Monsieur le Professeur Seraglini, « *on stigmatise : l’usage abusif de ces procédures, utilisées comme des moyens de pression, la discovery américaine, les contingent [sic] fees des avocats y participant, les jurys populaires, les punitive damages, mais aussi, à l’inverse, le caractère parfois dérisoire des dommages et intérêts obtenus individuellement par chaque membre du groupe. Et on mobilise, contre ces actions de groupe : la prohibition des arrêts de règlement, le principe “Nul ne plaide par procureur”, la liberté d’agir ou de ne pas agir en justice, le respect des droits de la défense et de l’égalité des armes dans le procès, le principe de la relativité de la chose jugée, ou encore le principe de la réparation intégrale du préjudice* »¹⁶⁵⁷. La plupart peuvent être rapidement évacués, notamment depuis l’introduction nouvelle de l’action de groupe dans notre législation interne. Ainsi, on peut rejeter certaines critiques comme étant infondées¹⁶⁵⁸, ou totalement indépendantes de l’action de groupe en elle-même¹⁶⁵⁹. En définitive, les critiques propres aux actions de groupe, et pouvant effectivement poser problème relèvent toutes du

¹⁶⁵³ LEMONTEY (J.) et MICHON (N.), *op. cit.*, spéc. note 37

¹⁶⁵⁴ En ce sens, voir également DEBOURG (C.), *op. cit.*, p.124

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p.127. Sur la question de la qualité de « décision » au sens du droit européen des transactions conclues dans le cadre de l’action collective néerlandaise et donc de la soumission de celles-ci aux dispositions régissant la circulation des décisions, voir KUIPERS (J.-J.), « La loi sur le règlement collectif des dommages de masse aux Pays-Bas et ses ambitions dans l’espace judiciaire européen », *RIDC*, 2012, p.213, spéc. pp.218 et s.

¹⁶⁵⁶ SERAGLINI (C.), « Les effets en France des actions de groupe étrangères », *TCFDIP*, 2008-2010, p.157, spéc. p.169.

¹⁶⁵⁷ *Loc. cit.* Sur ces critiques, voir le rapport sur l’action de groupe remis le 16 décembre 2005 à Thierry Breton et Pascal Clément, Groupe de travail présidé par Guillaume Cerutti et Marc Guillaumé, spéc. pp.17-18

¹⁶⁵⁸ SERAGLINI (C.), *op. cit.*, pp.171-172. L’argument du caractère abusif de certaines actions de groupe constitue ainsi un faux obstacle : il y a eu une certification et donc un juge a retenu le caractère sérieux de la demande.

¹⁶⁵⁹ *Op. cit.*, pp.172-173. En dehors du problème du caractère abusif de certaines actions, Monsieur le Professeur Seraglini relève un certain nombre de ces « *obstacles extrinsèques* » dont la contrariété à l’ordre public n’est, au demeurant, pas démontrée. Il s’agit de la *discovery*, des *contingent fees*, des jury populaires et des *punitive damages*.

même mécanisme : l'*opt-out*¹⁶⁶⁰. Le fondement de la contrariété d'une telle modalité à l'ordre public procédural français proviendrait d'une décision du Conseil constitutionnel français¹⁶⁶¹ rendue à propos du droit d'agir des syndicats¹⁶⁶². Dans cette décision, au paragraphe 24, les Sages ont précisé que le membre du groupe d'une action collective devait avoir « *été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* ». L'*opt-out* paraît donc bien contraire à cette décision, il n'y a guère de doutes¹⁶⁶³. Une telle défiance des principes constitutionnels à cette modalité a de plus été rappelée dans la décision déclarant conforme à la Constitution la loi du 17 mars 2014¹⁶⁶⁴. Y est ajoutée la garantie des droits de la défense. L'*opt-out* est-il pour autant contraire à l'ordre public procédural atténué ? La question mérite d'être posée. Pour certains, l'importance que revêtent ces principes est telle qu'elle dépasse les frontières¹⁶⁶⁵. Et c'est sur ce fondement que reposait l'argumentation de l'actionnaire qui a agi en référé dans l'affaire *Vivendi*. Or, si la demande a été rejetée, ce n'est pas parce qu'il n'y avait pas contrariété à l'ordre public, mais parce qu'il y avait matière à discussion. Le juge des référés n'étant que le juge de l'évidence, il ne put trancher¹⁶⁶⁶. De la même façon, pour le juge américain, dans cette affaire, il n'était absolument pas certain que sa décision ne soit pas reconnue et exécutée en France – contrairement à l'Allemagne et à l'Autriche – d'où une inclusion des actionnaires français dans la classe¹⁶⁶⁷. Néanmoins, la discussion est réelle. Il n'y a aucun automatisme à ce que des

¹⁶⁶⁰ *Op. cit.*, pp.174 et s. Soulevant la même interrogation, voir DEBOURG (C.), « La portée internationale des actions collectives », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel* sous la direction d'I. OMARJEE et L. SINOPOLI, Dalloz, 2014, p.85, spéc. p.120 ; LEMONTEY (J.) et MICHON (N.), « Les "class actions" américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI*, 2009, p.535, nos72 à 82 ; NIBOYET (M.-L.), « Action de groupe et droit international privé », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.78.

¹⁶⁶¹ Décision n°89-257 DC du 25 juillet 1989 relative à la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.

¹⁶⁶² En ce sens, voir par exemple, DEBOURG (C.), *op. cit.*, spéc. pp.121-122 : « *Un tel mécanisme est souvent décrit comme étant contraire aux principes constitutionnels français. À cet égard, il est fait référence à une décision du Conseil constitutionnel, statuant sur la question du droit d'ester en justice des organisations syndicales* ».

¹⁶⁶³ *Loc. cit.* Voir également LEMONTEY (J.) et MICHON (N.), « Les "class actions" américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI*, 2009, p.535, n°77 et s.

¹⁶⁶⁴ Décision n°2014-690 DC du 13 mars 2014 relative à la loi sur la consommation.

¹⁶⁶⁵ LEMONTEY (J.) et MICHON (N.), *op. cit.*, n°80

¹⁶⁶⁶ AUDIT (M.) et NIBOYET (M.-L.), « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une *class action* diligentée aux États-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2010, n°149, p.11. Dans le même sens, voir également DEBOURG (C.), article précité, p.123 : « *pour rejeter la demande en référé, le juge a estimé que l'interprétation des normes constitutionnelles sur lesquelles le demandeur fondait une partie de son argumentation était trop délicate pour caractériser l'évidence du trouble allégué* ».

¹⁶⁶⁷ Voir MUIR WATT (H.), « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétence déléguée : sur le droit international privé des actions de groupe (A propos de l'affaire *Vivendi Universal*) », *RCDIP*, 2008, p.581, spéc. n°9.

principes constitutionnels soient érigés en principes devant être respectés au titre de l'ordre public international. Aussi ne faut-il pas « *exclure par principe toute décision rendue au terme d'un mécanisme d'opt-out sur le fondement de l'ordre public* »¹⁶⁶⁸. Selon Monsieur le Professeur Seraglini, cette contrariété de l'*opt-out* à la liberté d'agir ne serait, en tout état de cause, pas pertinente en ce que si le plaideur n'avait pas la volonté d'agir, il ne demanderait pas la reconnaissance du jugement étranger¹⁶⁶⁹. Du point de vue des droits de la défense, il n'y a cette fois aucun doute sur le fait que cela soit couvert par l'ordre public procédural international¹⁶⁷⁰. Il s'agirait en fait du défendeur qui ne peut pas opposer les arguments spécifiques à des demandeurs pas clairement identifiés. Mais, là encore, les atteintes semblent devoir être relativisées¹⁶⁷¹. En définitive, il semblerait qu'il ne puisse y avoir une réponse unique à cette question de la conformité des actions de groupe étrangères, particulièrement les systèmes relevant de l'*opt-out*, à l'ordre public international français. Au cas par cas, donc, on pourra ou non accepter une décision étrangère selon le demandeur à l'exécution, et selon les systèmes d'information mis en place¹⁶⁷². Cela ne veut pas pour autant dire que la libre circulation des décisions n'est pas entravée du fait des divergences procédurales. La difficulté

¹⁶⁶⁸ *Loc. cit.*

¹⁶⁶⁹ SERAGLINI (C.), *op. cit.*, pp.175 à 179

¹⁶⁷⁰ *Op. cit.*, p.179. Sur l'intégration du droit à un procès équitable en général aux principes de l'ordre public procédural, voir LEMONTEY (J.) et MICHON (N.), *op. cit.*, spéc. n°74 : « *Sous l'impulsion de la Cour de justice des Communautés européennes, le respect des droits fondamentaux garantis par la CEDH (voire la Constitution) et, notamment, les exigences du procès équitable, sont désormais intégrés à l'ordre public international* ».

Cependant, sur l'incertitude de la portée de cette intégration, voir NIBOYET (M.-L.), « Action de groupe et droit international privé », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.78 : « *Toutefois, la question de savoir si les exigences du droit au procès équitable peuvent faire l'objet d'un traitement différencié selon le lieu où se déroule le procès n'est pas clairement tranchée aujourd'hui par la Cour européenne (pour un usage de l'article 6-1 limité aux cas de violation flagrante, v. CEDH, 26 juin 1992, aff. 21/1991/273/344, Drożd et Janousek c/Espagne et France ; sans reprendre cette réserve, CEDH, 20 juill. 2001, aff. 30882, Pellegrini c/Italie). L'on pourrait aussi avoir une conception des exigences du procès équitable différente pour les actions individuelles et les actions collectives* ».

¹⁶⁷¹ SERAGLINI (C.), *loc. cit.* : action de groupe sur le principe de responsabilité puis actions individuelles, rareté des cas particuliers contre un demandeur ; contrebalancé par des avantages tels que le moindre coût ou la sécurité juridique.

¹⁶⁷² Monsieur le Professeur Seraglini distingue ainsi quatre cas (*loc. cit.*) : si le demandeur est connu du défendeur dans la procédure étrangère et qu'il demande lui-même l'exécution en France, il n'y aura pas contrariété à l'ordre public ; si le demandeur est connu dans la procédure étrangère (donc informé et qui aurait pu exercer *opt-out*) et que c'est le défendeur qui demande l'exécution en France, il n'y aura pas non plus contrariété à l'ordre public si le délai et l'information étaient suffisants ; si le demandeur est inconnu du défendeur ou non averti et qu'il se prévaut de la procédure étrangère en France, on considérera qu'il y a renonciation de sa part aux droits du procès équitable qui auraient pu être bafoués, mais qu'il pourra y avoir contrariété à l'ordre public en faveur du défendeur à l'étranger selon une appréciation *in concreto* ; enfin, si le demandeur est inconnu, qu'il souhaite agir en France et à qui on oppose l'autorité de chose jugée, l'appréciation devrait s'effectuer *in concreto* notamment pour les moyens d'information mis en œuvre, mais il s'agira des cas où « *les obstacles à la reconnaissance du jugement étranger rendu sur l'action de groupe peuvent sembler les plus sérieux* » (p.182).

Dans le même sens, sur la possible distinction selon les situations, voir NIBOYET (M.-L.), « Action de groupe et droit international privé », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.78

et le questionnement semblent bien réels. Les possibilités de refuser l'exécution en raison de l'*opt-out* aussi, même s'il ne s'agit pas de proposer « *une affirmation sans nuance d'une contrariété à l'ordre public international* »¹⁶⁷³.

432. La nécessité de recourir à une législation européenne harmonisée. Ces divers éléments montrent d'ores et déjà le besoin de légiférer au sein de l'Union : les divergences procédurales sur l'action de groupe soulèvent des difficultés au regard de l'établissement de l'espace judiciaire européen. Mais d'autres arguments peuvent y être ajoutés, achevant d'emporter notre conviction sur la nécessité d'un rapprochement des législations procédurales au niveau européen. D'une part, l'égal accès à la justice, prôné dans l'espace judiciaire européen, n'est pas garanti. Certains justiciables se verront offrir la possibilité d'une telle action alors que d'autres ne pourront y recourir, quand bien même le droit substantiel en cause pourra être équivalent lorsqu'il émane de l'Union européenne. Cette différence d'accès à la justice est d'autant plus importante que des études montrent que certains justiciables seraient plus enclins à agir dans le cadre d'une action de groupe qu'à titre individuel¹⁶⁷⁴. Le *forum shopping* se trouve dès lors encouragé, d'autant plus si les conditions de l'action internationale sont souples¹⁶⁷⁵. D'autre part, la concurrence pourrait s'en trouver faussée. En effet, « *certain craignent notamment que les opérateurs économiques puissent trop facilement échapper aux risques qu'elles présentent en s'installant dans des pays où ce type d'action n'existe pas et que, corrélativement, certains pays soient poussés à se tenir volontairement en retrait dans l'adoption de mécanisme d'action de groupe, dans le seul but d'inciter les opérateurs économiques à s'y installer* »¹⁶⁷⁶. Dès lors, une partie de la doctrine

¹⁶⁷³ SERAGLINI (C.), article précité, p.184.

¹⁶⁷⁴ En ce sens, voir la réponse du Bureau européen des unions des consommateurs au Livre vert sur l'action de groupe précitée. L'organisation en profite pour appeler à une législation européenne, p.8 : « *Le droit à l'indemnisation et le droit d'accès à la justice (reconnus au plan de l'UE) ne devraient pas rester des droits théoriques. Dans la pratique, de nombreux consommateurs ne peuvent pas exercer ces droits en raison de l'inadaptation des voies de recours existantes aux situations de litige de masse. Le droit d'agir en justice collectivement devrait être reconnu au niveau européen. En outre, il a été établi qu'une grande majorité de consommateurs (76 %) seraient davantage désireux de défendre leurs droits devant les tribunaux s'ils pouvaient s'associer à une action collective. Considérant les arguments précités, le BEUC estime qu'une initiative législative de l'UE sur le recours collectif est nécessaire pour fixer les caractéristiques et les garde fous d'un mécanisme de recours collectif et garantir sa disponibilité dans tous les États membres tant pour les affaires nationales que transfrontalières* ».

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p.89 : « *Ensuite, il s'agit de poser les conditions et les limites à la recevabilité d'une action de groupe entretenant des liens avec des États étrangers, conditions qui doivent être appréciées avec d'autant plus de rigueur lorsque les autres États concernés ne connaissent pas de mécanisme comparable. Il est en effet tentant pour les plaideurs de profiter d'une telle offre juridictionnelle à l'étranger ; l'on sent ici poindre la problématique du forum shopping, ou, plus exactement, celle de l'abus de forum shopping* ».

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p.102

appelle au rapprochement législatif par le truchement de l'action européenne¹⁶⁷⁷. Cette action régionale serait même nécessaire lorsqu'il s'agit d'appliquer de façon uniforme des réglementations européennes. En effet, selon Madame le Professeur Niboyet, « *la protection juridique des consommateurs fait [...] de plus en plus apparaître les lacunes d'une sanction judiciaire conçue dans un cadre strictement national dès lors que les pratiques illicites – comme les biens et les services sur lesquels elles portent – circulent librement dans le marché intérieur* »¹⁶⁷⁸.

L'Union elle-même a pris la mesure de ce besoin. Ainsi, les livres vert¹⁶⁷⁹, puis blanc¹⁶⁸⁰, relatifs aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante prévoyaient d'ailleurs l'instauration de tels recours en cette matière. Toutefois, devant la difficulté, la directive adoptée¹⁶⁸¹ n'impose pas, aux termes du Considérant 13¹⁶⁸², l'obligation aux États membres d'instaurer un mécanisme de recours collectif. Néanmoins, le programme de Stockholm prévoit en son paragraphe 95 que « *dans le domaine de la justice civile, les priorités doivent consister, en premier lieu, à satisfaire les besoins exprimés par les citoyens et les entreprises grâce à une simplification permanente des mécanismes judiciaires et à l'instauration de procédures plus simples, plus lisibles et plus accessibles afin d'assurer l'application effective des droits fondamentaux et la protection des consommateurs ; demande à cette fin, [...] l'instauration de mécanismes de recours collectif au niveau communautaire afin d'offrir aux citoyens et aux entreprises un accès plus aisé à la justice, étant entendu qu'il ne doit pas s'ensuivre une fragmentation excessive des codes de procédure nationaux* ». Si aucun instrument contraignant n'a, finalement, pour le moment, été adopté, une recommandation de

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p.100. Voir également BORE (L.), « Action collective et protection de l'environnement », in *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions* sous la direction d'O. BOSKOVIC, Dalloz, 2010, p.47, spéc. p.52.

¹⁶⁷⁸ NIBOYET (M.-L.), « L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières », *Gaz. Pal.*, 2000, doct. p.395, spéc. n°1

¹⁶⁷⁹ Livre vert, du 19 décembre 2005, intitulé « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », COM(2005) 672 final

¹⁶⁸⁰ Livre blanc, du 2 avril 2008, intitulé « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », COM(2008) 165 final

¹⁶⁸¹ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L364 du 5 décembre 2014

¹⁶⁸² « *La présente directive ne devrait pas exiger des États membres qu'ils mettent en place des mécanismes de recours collectif aux fins de la mise en œuvre des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.* »

la Commission a vu le jour en matière¹⁶⁸³ « *traitant spécifiquement, mais non exclusivement des infractions aux droits des consommateurs* »¹⁶⁸⁴. Elle s'applique dans tous les domaines où il existe des droits de l'Union européenne en cause¹⁶⁸⁵. Cette recommandation instaure des principes à suivre pour les États membres et incite ces derniers à prendre les mesures nécessaires dans les deux ans¹⁶⁸⁶. Elle ne se limite pas aux actions internationales. L'hypothèse de mesures contraignantes de la part de l'Union européenne n'est pas exclue. Elle est, selon le Considérant 26, reportée à 2017 après évaluation de la mise en œuvre de la recommandation. Parmi les préconisations avancées, il devrait être institué des actions de groupe « *tant pour les actions en cessation que pour les actions en réparation* ». Il est nécessaire que celles-ci « *soient objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif* »¹⁶⁸⁷. Concernant plus particulièrement les litiges internationaux, il est expressément souhaité aux articles 17 et 18 que les règles procédurales n'empêchent pas « *l'introduction d'une action collective unique devant une seule et même juridiction* ». Il semblerait dès lors que les entités agréées pour agir dans un État membre puissent agir de la même façon dans un autre État membre. Un doute est alors permis quant à la conformité de la nouvelle législation française à la Recommandation puisque seules les associations nationales semblent pouvoir agir¹⁶⁸⁸. Enfin, et surtout, l'Union européenne s'oriente clairement vers un système d'*opt-in* aux termes mêmes de l'article V.21. selon lequel « *Il convient que la partie demanderesse se constitue en tant que telle sur la base du consentement exprès des personnes physiques ou morales qui prétendent avoir subi un préjudice ("opt-in")*. Toute exception à ce principe, édictée par la loi ou ordonnée par une juridiction, devrait être dûment justifiée par des motifs tenant à la bonne administration de la justice ». Cette position se justifierait par le fait « *que ce système respecte le droit des individus de participer ou non à la procédure*,

¹⁶⁸³ Recommandation 2013/396/UE de la commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, JOUE L201 du 26 juillet 2013.

Le même jour, la Commission a également proposé une directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne COM(2013) 404 final sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE, et non de l'article 81. La procédure d'adoption est toujours en cours, mais n'en est qu'à ses balbutiements.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, Considérant 4

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, Considérant 7

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, Considérant 24

¹⁶⁸⁷ Voir article I.2.

¹⁶⁸⁸ En ce sens, voir NOURISSAT (C.), « Action de groupe : une vraie conquête démocratique... », *Procédures*, Octobre 2013, repère 9.

*tandis que le mécanisme de l'opt-out soulève des questions plus fondamentales quant à la liberté des individus d'agir en justice ou non »*¹⁶⁸⁹.

433. Solution proposée. Ainsi, face à la multiplication des actions de groupe internationales au sein de l'espace judiciaire européen et des conséquences négatives qui résultent des divergences nationales, la question de la reconnaissance et de la libre circulation des décisions se fait de plus en plus pressante. Or, la confiance mutuelle nécessaire pour y parvenir ne semble, en l'état actuel du droit positif, pas atteinte¹⁶⁹⁰. L'imminence de l'instauration d'une action de groupe harmonisée au niveau européen dans les législations procédurales des États membres pour les actions de groupe internationales paraît dès lors ne guère faire de doutes. Par ailleurs, la nécessité d'une action de groupe horizontale apparaît comme la solution la plus pertinente¹⁶⁹¹, bien que sans doute la plus difficile à mettre en place. C'est d'ailleurs le sens de la volonté de la Commission européenne qui « *juge donc nécessaire d'accroître la cohérence des instruments et d'adopter une approche horizontale du recours collectif* »¹⁶⁹². Toutefois, il pourrait être objecté qu'elle devrait peut-être se limiter aux actions de groupe relatives à des domaines pour lesquels l'Union européenne a compétence pour légiférer matériellement. En effet, en raison du lien ténu entre l'action de groupe et la matière, il faudrait se garder d'un éventuel excès de pouvoir des instances régionales. Néanmoins, l'avantage d'une réglementation générale et non particulière à chaque matière serait de se focaliser sur le seul aspect procédural pour lequel, nous l'avons établi, l'Union européenne a compétence dans la limite des principes précédemment rappelés¹⁶⁹³. En

¹⁶⁸⁹ DEBOURG (C.), article précité, spéc. pp.121-122

¹⁶⁹⁰ En ce sens, voir DEBOURG (C), article précité, p.125. L'auteur revient sur les propos introductifs de la proposition de règlement du 14 décembre 2010 COM (2010) 748 final. Ainsi, la Commission souhaitait, à l'origine, maintenir l'*exequatur* pour les actions de groupe en réparation. Madame Debourg note alors que « *La raison de cette dérogation tenait à la grande variété des mécanismes de l'action de groupe au sein de l'Union européenne, qui se présente comme un obstacle à l'établissement d'un niveau de confiance mutuelle suffisant.* ».

¹⁶⁹¹ Partant du droit de l'environnement, de source essentiellement européenne, et estimant que « *si l'on veut renforcer l'efficacité du droit de l'environnement en France, il faut créer une action de groupe* », Monsieur Boré regrette des projets trop sectorisés et appelle à une action de groupe plus générale qui pourrait même être incluse à la fois dans le Code de procédure civile et dans le Code de justice administrative. Voir BORE (L.), « Action collective et protection de l'environnement », in *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions* sous la direction d'O. BOSKOVIC, Dalloz, 2010, p.47, spéc. pp.51-52.

Du même auteur, voir également BORE (L.), « Pour l'introduction d'une action de groupe dans le nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)* sous la direction de J. FOYER et C. PUIGELIER, Économica, 2006, p.131, spéc. p.132. se prononçant en faveur d'une approche procédurale – c'est-à-dire horizontale – l'auteur estime que « *soit l'on considère que l'action de groupe est une bonne chose, soit l'on considère qu'elle est une mauvaise chose. Mais si l'on considère qu'elle constitue un recours utile et efficace, on ne voit pas pourquoi, alors, elle serait limitée au seul droit de la consommation* ».

¹⁶⁹² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM(2013) 401 final, p.6.

¹⁶⁹³ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 1

s'affranchissant du fond, il apparaîtrait ainsi possible de créer, dans les législations procédurales des États membres, une véritable action de groupe générale harmonisée. Au regard de tout ce qui précède, et de la position de l'Union européenne à ce propos, l'*opt-in* paraît être la seule modalité possible. En outre, il nous semble, du point de vue de l'étendue de cette action – mais c'est déjà s'aventurer sur le terrain du fond –, qu'il devrait être permis que tout type de dommage puisse être réparé pour éviter la multiplication des instances aux fins d'obtenir la réparation de l'intégralité des dommages causés. Pour ce faire, il pourrait être instauré une procédure en quatre étapes. La première permettrait à la juridiction saisie de statuer sur la recevabilité de l'action, et de définir les conditions et les modalités de constitution du groupe indépendamment de toute considération sur le fond. La constitution de ce groupe formerait la deuxième étape. Par la suite, le juge pourrait établir, en troisième lieu, la responsabilité du défendeur. La dernière phase, arrivant après que le groupe est définitivement formé, consisterait en la réparation des préjudices établis. Une certaine individualisation pourrait dès lors être opérée, au besoin en se fondant sur des critères fixés par le juge.

Toutefois, il sera important de concilier l'aspect procédural de cette action de groupe avec les règles de droit international privé classique, à savoir les règles de conflit de juridictions, et les règles de conflit de lois relatives au droit substantiel en cause. Celles-ci sortent du strict cadre procédural, et sont donc à la marge de notre champ d'études. Cependant, il nous semble important de mettre en exergue ces difficultés qui sont liées à notre propos, et d'en dire quelques mots rapides. Concernant, dans un premier temps, la compétence juridictionnelle, les avis sont partagés. Alors que certains auteurs appellent à la création d'un chef de compétence spécifique pour les actions de groupe¹⁶⁹⁴, d'autres semblent s'accommoder des règles existantes sous certaines réserves. Ainsi, pour Madame le Professeur Kessedjian, « *il convient de conserver un for alternatif au for du demandeur. Le for délictuel nous paraît revêtir les attributs d'un for alternatif satisfaisant, à condition que le juge désigné puisse décider, dans chaque cas, si l'exercice de sa compétence est propre à remplir les objectifs d'une bonne administration de la justice et n'a pas été utilisée par le groupe de manière abusive* »¹⁶⁹⁵. Le for contractuel pourrait aussi servir de fondement à une

¹⁶⁹⁴ En ce sens, voir, par exemple, DEBOURG (C.), « La portée internationale des actions collectives », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel* sous la direction d'I. OMARJEE et L. SINOPOLI, Dalloz, 2014, p.85

¹⁶⁹⁵ KESSEDJIAN (C.), « Les actions collectives en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires de la concurrence et le droit international privé », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.533, spéc. p.540

action à la condition évidente que celle-ci soit fondée sur un contrat ou des contrats similaires, par exemple en matière de droit de la consommation. L'action de groupe ne doit en aucun cas constituer un contrat¹⁶⁹⁶. Par ailleurs, une adaptation pourrait être nécessaire pour les parties faibles. En effet, en l'état actuel du droit européen, les représentants du groupe, n'étant pas partis au contrat, ne pourraient se prévaloir des dispositions protectrices¹⁶⁹⁷. Concernant, dans un second temps, la compétence législative sur le fond, toute la difficulté tient en ce que l'internationalité de l'action peut conduire à une multiplicité de lois applicables selon le critère de rattachement retenu. Dans un même groupe, la responsabilité du défendeur pourrait dès lors être engagée pour certains, et non pour d'autres. Deux possibilités s'offrent alors au législateur européen. La première admettrait une telle divergence de législations applicables. Lors de la troisième étape, où la question de la loi applicable se poserait, le juge redélimiterait de cette façon le groupe en excluant les membres pour lesquels la loi applicable écarte la responsabilité. Mais elle ne semble pas la plus adéquate, et complexifierait la démarche. La seconde, sans doute plus pertinente, consisterait dans la création d'une règle de conflit de lois particulière. Ainsi, selon Madame le Professeur Kessedjian, « *ce qui manque dans le règlement Rome II, c'est une règle de conflit de lois qui soit adaptée aux actions de groupe, que ces actions aient pour fondement le droit de la concurrence, ou n'importe quelle autre obligation délictuelle, d'ailleurs* »¹⁶⁹⁸. Le choix du critère de rattachement pourrait se faire à la faveur du dénominateur commun des membres du groupe. Dans tous les cas, une certaine souplesse pourrait être insérée par le truchement d'une clause de sauvegarde fondée sur la bonne administration de la justice, les intérêts collectifs en cause et les intérêts du défendeur¹⁶⁹⁹. Les aspects procéduraux de l'action de groupe doivent donc être harmonisés, mais cette entreprise doit se faire en prenant en compte tous les tenants et aboutissants d'une telle création sur ses aspects plus substantiels.

B. L'autorité de chose jugée et la question de la concentration des moyens et des demandes

434. Définition de l'autorité de chose jugée. L'autorité de chose jugée correspond, dans son aspect négatif, à l'interdiction pour un juge de connaître d'une affaire qui a déjà fait

¹⁶⁹⁶ PERREAU SAUSSINE (L.), « Quelle place pour les class actions dans le règlement Bruxelles I ? », *JCP G.*, 2011, p.992

¹⁶⁹⁷ JEULAND (E.), « L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation », *Droit et Patrimoine*, Octobre 2002, p.80

¹⁶⁹⁸ KESSEDJIAN (C.), *op. cit.*, p.544

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, p.546

l'objet d'une décision définitive. L'autorité positive de chose jugée interdirait « *qu'un juge, saisi d'une demande nouvelle, remette en question les constatations effectuées par une juridiction qui aurait rendu une précédente décision entre les mêmes parties à propos d'une autre demande* »¹⁷⁰⁰. En droit international privé, c'est une conséquence de la reconnaissance du jugement étranger. Afin que les décisions circulent librement dans l'espace judiciaire européen, et surtout de manière uniforme, il semble qu'un certain rapprochement des dispositions relatives à l'autorité de chose jugée soit nécessaire. En effet, il ne faudrait pas qu'une décision puisse être remise en cause dans certains États, mais pas dans d'autres parce que la définition de l'autorité de chose jugée n'est pas identique. La sécurité juridique en serait gravement affectée. Pour Monsieur l'Avocat général Yves Bot, « *l'égalité des juges de l'Union devant les règles de compétence postule l'uniformité des effets attachés aux décisions qu'ils rendent en appliquant ces règles* »¹⁷⁰¹. Dès lors, la jurisprudence européenne tend de plus en plus vers une autonomisation de la notion¹⁷⁰².

L'arrêt *Wolf c. Cox* précédemment cité¹⁷⁰³ offre un point de départ intéressant. La définition des conditions de l'autorité négative de chose jugée en droit judiciaire européen est la même que celle posée pour la litispendance. Une décision aura autorité de chose jugée dès lors qu'elle concerne les mêmes parties, le même objet et la même cause. L'autorité relative de la chose jugée semble pleinement consacrée. Toutefois, certaines autres modalités doivent encore être précisées. Ainsi, « *des règles matérielles fixant le moment auquel se produit l'autorité positive (ou la force de chose jugée) seraient bien venues* »¹⁷⁰⁴. On sait qu'en France, par exemple, l'autorité de chose jugée est attachée au jugement dès son prononcé en vertu de l'article 480 du Code de procédure civile. Une décision ne peut ainsi plus être remise en cause en dehors des voies de recours. Cependant, en droit international, l'autorité de chose jugée étant attachée à la reconnaissance, peut-être est-il possible de tirer du régime européen de celle-ci des règles matérielles pour la première. La reconnaissance est de plein droit dans l'espace judiciaire européen en vertu des articles 36 du règlement Bruxelles I bis, 21 du

¹⁷⁰⁰ HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, n°350, p.287

¹⁷⁰¹ Conclusions dans l'affaire *Gothaer* citée *infra*, §75

¹⁷⁰² En ce sens, voir NIBOYET (M.-L.) et SERINET (Y.-M.), « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.87, spéc. n°11, p.90 ; ou encore NIOCHE (M.), « Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction », *RCDIP*, 2013, p.686

¹⁷⁰³ Cf. *supra*, A. 1.

¹⁷⁰⁴ NIBOYET (M.-L.), « Les règles de procédure : l'acquis et les propositions – Les interactions entre les règles nationales de procédure et les « règles judiciaires européennes », *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.281, spéc. n°46, p.292

règlement Bruxelles II bis, ou encore 23 du règlement relatif aux obligations alimentaires. L'article 38 du règlement Bruxelles I bis et 25 du règlement sur les obligations alimentaires permettent le sursis à statuer de la juridiction devant laquelle est invoqué le jugement étranger lorsque celui-ci fait l'objet d'une contestation dans l'État d'origine. Puisque le juge sursoit à statuer, cela peut signifier que le jugement étranger n'est reconnu pleinement que lorsqu'il ne souffre plus d'aucune possibilité de contestation. Dès lors, il nous semble que l'autorité de chose jugée ne se produit pleinement qu'au moment où le jugement étranger n'est plus susceptible de recours dans l'État d'origine. Avant ce moment, les conditions étant les mêmes, ne serait-on pas, plutôt dans un cas de litispendance ? Aussi, il s'agirait de pouvoir opposer la litispendance – en ayant une vision large du litige « pendant » - avant que le jugement ne soit définitif, et l'autorité négative de chose jugée par la suite. Concernant l'autorité positive de chose jugée, la solution se justifie. Elle permet d'éviter de donner force à une décision dans un État alors qu'elle est susceptible d'être remise en cause dans l'État d'origine. On pourrait ici éventuellement rentrer dans le domaine de la connexité.

435. Étendue de l'autorité de chose jugée. Concernant son étendue, une précision importante a récemment été apportée à propos des motifs, question « *à laquelle les différents États membres apportent des réponses variées* »¹⁷⁰⁵. Dans un arrêt *Gothaer* en date du 15 novembre 2012¹⁷⁰⁶, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué que, indépendamment de toute référence à une loi étatique¹⁷⁰⁷, l'autorité de chose jugée s'étendait également aux motifs de la décision et non seulement à son dispositif. Était ici en cause une décision belge d'incompétence qui, dans ses motifs, se prononçait en faveur de la validité de la clause attributive de juridiction. Cette validité s'impose alors à toute autre juridiction de l'espace judiciaire européen¹⁷⁰⁸. Cette décision se fait en accord avec les conclusions de

¹⁷⁰⁵ NIOCHE (M.), « Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction », *RCDIP*, 2013, p.686

¹⁷⁰⁶ CJUE, Affaire C-456/11, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG et autres contre Samskip GmbH*, Conclusions Yves Bot.

¹⁷⁰⁷ Les divergences entre États membres sont telles que le renvoi à une loi nationale causerait un « manque d'uniformité dans l'application du règlement » et « porterait atteinte à l'égalité entre les juges européens » (NIOCHE [M.], article précité).

Ainsi, si le droit belge admet l'autorité de la chose jugée des motifs, les droits allemand et français rejettent cette théorie. Pour ce dernier, la Cour de cassation a récemment rappelé son attachement à la seule autorité du dispositif dans un arrêt d'Assemblée plénière en date du 13 mars 2009 (*Bull.* n°3) rendu sur avis non conforme du premier avocat général. Le communiqué relatif à cet arrêt et publié sur le site internet de la Cour de cassation (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arret_n_12315.html) insiste sur le rejet de la théorie attribuant autorité de chose jugée tant aux motifs décisifs (soutenant le dispositif) qu'aux motifs décisifs (parties de la décision indiquée dans les motifs, mais oubliées dans le dispositif où aurait été leur place).

¹⁷⁰⁸ Point 41 de la décision.

Monsieur Yves Bot, bien que le raisonnement soit légèrement différent. Même si seule compte, en définitive, la solution, pour Madame Nioche, et nous la suivons dans ses conclusions, le raisonnement suivi par les juges européens est « *discutable* »¹⁷⁰⁹. En effet, ils étendent, au §40, la définition de l'autorité de chose jugée posée à propos des arrêts des juridictions européennes elles-mêmes aux décisions nationales transfrontières alors même que, selon l'auteur, les arrêts de ces dernières ont une nature différente¹⁷¹⁰. Toujours est-il, quelles qu'en soient les raisons, que les motifs des décisions ont tout autant autorité de chose jugée que le dispositif. Néanmoins, il convient d'indiquer que cette précision ne nous semble pas remettre en cause la jurisprudence antérieure rendue à propos de l'interprétation italienne de l'autorité de chose jugée¹⁷¹¹. Ainsi, une interprétation donnée d'un point de droit – par exemple une disposition européenne – ne peut s'appliquer indéfiniment dans d'autres procédures entre les mêmes parties alors que celles-ci auraient une finalité différente¹⁷¹². L'autorité positive de chose jugée semble dès lors écartée.

Deux questions particulières, mais proches, méritent par ailleurs d'être examinées de plus près pour définir plus précisément la portée de l'autorité de chose jugée dans l'espace judiciaire européen. Il s'agit d'une part de la question, bien connue des juristes français, de la concentration des moyens, existant également en droit anglais ou espagnol¹⁷¹³. D'autre part, il est possible de se demander quel devrait être le sort de la question de la concentration des demandes. Posée par le célèbre arrêt *Césaréo*¹⁷¹⁴, la règle de la concentration des moyens est la conséquence d'une redéfinition jurisprudentielle de la notion de cause. Par ailleurs, en droit français, s'il n'existe pas un principe de concentration des demandes¹⁷¹⁵, on peut notamment¹⁷¹⁶ en trouver une application dans le principe d'unicité de l'instance du contentieux prud'homal¹⁷¹⁷. S'agissant de règles de procédure, elles devraient dès lors

¹⁷⁰⁹ NIOCHE (M.), *op. cit.*

¹⁷¹⁰ *Ibid.*

¹⁷¹¹ CJCE, Affaire C-2/08, 3 septembre 2009, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze et Agenzia delle entrate contre Fallimento Olimpiclub Srl*, Recueil 2009 page I-07501, Conclusions Ján Mazák. Sur cet arrêt, voir SIMON (D.), « Autorité de chose jugée d'un arrêt national », *Europe*, novembre 2009, p.11.

¹⁷¹² Le problème provenait principalement du fait qu'une telle interprétation continuait, en raison de la définition italienne de l'autorité de chose jugée, de s'appliquer quand bien même celle-ci s'avérait inexacte (voir note SIMON [D.], *op. cit.*, p.12).

¹⁷¹³ En ce sens, voir WEILLER (L.), « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.*, 2006, p.2135.

¹⁷¹⁴ Ass. Plén., 7 juillet 2006, *Bull.*, n°8

¹⁷¹⁵ Cass. 2^{ème} Civ., 26 mai 2011, *Bull. Civ. II*, n°117

¹⁷¹⁶ Cette exigence de concentration des demandes est également posée dans le domaine de l'arbitrage (Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2008, *Bull. civ. I*, n°153).

¹⁷¹⁷ Pour certains auteurs, l'assimilation entre unicité de l'instance et concentration des demandes n'est cependant pas tout à fait exacte puisque la première permet tout de même de présenter des demandes nouvelles ou de compléter celles d'origine en cause d'appel. Cette possibilité n'est pas offerte dans la concentration des

s'appliquer lors des instances menées en France. Toutefois, il est possible de se demander si, du point de vue de la circulation des décisions dans l'espace judiciaire européen, la question ne mériterait pas une certaine harmonisation. En l'état actuel de la législation, qu'en serait-il de l'autorité de chose jugée en France d'une décision étrangère émanant d'une juridiction n'imposant pas, par exemple, cette concentration des moyens ? Un renvoi à une législation nationale ne saurait être satisfaisant, car elle créerait nécessairement une inégalité entre les justiciables qui ne pourront mener une nouvelle action sur un moyen nouveau ici, alors qu'ils le pourront là. Il apparaît absolument nécessaire de savoir l'étendue de ce qui circule librement dans l'Union européenne. Pour Monsieur le Professeur Serge Guinchard¹⁷¹⁸, suivi dans ses conclusions par Madame Bléry¹⁷¹⁹, l'arrêt *Lucchini* de la Cour de justice des Communautés européennes¹⁷²⁰ condamnerait expressément, en droit européen, cette règle de concentration des moyens dans les litiges internes et, *a fortiori*, dans les litiges de droit international privé. Dans cet arrêt, l'article 2909 du Code civil italien était en cause. Cette disposition pose le principe de l'autorité de chose jugée pour les moyens qui ont été tranchés par le juge italien, mais également pour les « *questions qui auraient pu être soulevées dans le cadre d'un litige antérieur* »¹⁷²¹. Or, cet article a été condamné par les juges européens dans l'espèce en cause. Serait ainsi condamnée la règle de concentration des moyens. Concernant la concentration des demandes, là encore, il est fait référence à l'arrêt *Lucchini* pour condamner cette règle¹⁷²². Pourtant, une telle interprétation semble loin d'être certaine. En effet, l'article 2909 italien est condamné en ce qu'il « *peut notamment avoir pour conséquence que sont attribués des effets à une décision d'une juridiction nationale qui dépassent les limites de la compétence de la juridiction en cause telles qu'elles découlent du droit communautaire* »¹⁷²³. Dès lors, ce ne serait pas tant la concentration des moyens ou des demandes qui serait censurée, mais bien le fait que cela empêcherait le juge européen d'exercer ses propres compétences et irait à l'encontre de la primauté du droit européen¹⁷²⁴.

demandes au sens strict du terme (ORIF [V.], *La règle de l'unicité de l'instance*, Préface de S. Amrani-Mekki, LGDJ, Bibliothèque d'ouvrages de droit social, Tome 56, 2012, spéc. n°9, p.9). Toutefois, nous retiendrons une acception large du principe de concentration des demandes, incluant la règle de l'unicité d'instance.

¹⁷¹⁸ GUINCHARD (S.), « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkkehr*, Dalloz, 2009, p.379

¹⁷¹⁹ BLÉRY (C.), « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice », *JCP G*, 2 novembre 2009, 401

¹⁷²⁰ CJCE, Affaire C-119/05, 18 juillet 2007, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contre Lucchini SpA*, Recueil 2007 page I-06199, Conclusions L. A. Geelhoed.

¹⁷²¹ GUINCHARD (S.), *op. cit.*, p.394.

¹⁷²² ORIF (V.), *La règle de l'unicité de l'instance*, LGDJ, 2012, n°451, p.360

¹⁷²³ Point 59, arrêt *Lucchini* précité.

¹⁷²⁴ ORIF (V.), *op. cit.*, n°452, p.361

La position de la Cour de Luxembourg n'est pas claire, et elle s'assombrit encore si l'on regarde la jurisprudence développée dans le cadre de la litispendance, à laquelle elle emprunte les conditions¹⁷²⁵. Si litispendance et autorité de chose jugée ont les mêmes conditions parce qu'elles poursuivent le même but, il serait logique que les précisions apportées à chacune de celles-ci dans le cadre de la litispendance s'appliquent ici. S'agissant de la notion de cause, l'arrêt *The ship Tatry* identifie globalement cause et fondement juridique, à l'instar de la jurisprudence antérieure à 2006 en France. On pourrait donc en déduire une absence de concentration des moyens. Toutefois, la définition de l'objet peut susciter quelques interrogations. En effet, on l'a vu, la jurisprudence européenne a une conception large de la notion d'objet. Elle estime ainsi qu'il y a litispendance entre, par exemple, une demande d'annulation d'un contrat et une demande d'exécution de celui-ci, car il y aurait identité d'objet¹⁷²⁶. Est-ce à dire – les conditions étant, encore une fois, identiques – qu'une décision statuant sur une demande d'annulation du contrat, et la rejetant, aurait autorité de chose jugée sur une demande d'exécution de ce même contrat, interdisant au juge nouveau saisi de statuer ? Cela signifierait qu'en réalité, les parties devraient, dans l'espace judiciaire européen, concentrer moyens, et peut-être même demandes. La situation semble bien confuse. Une règle matérielle claire ne serait, à l'évidence, pas dénuée d'intérêt. Pour l'une comme pour l'autre, la volonté de faciliter l'accès à la justice dans l'espace judiciaire européen nous semble impliquer un rejet de ces règles. Cela permettrait, en outre, de lutter contre l'imprévisibilité de la recevabilité des actions des plaideurs. Concernant la concentration des demandes, c'est d'ailleurs, la solution consacrée par la Cour de cassation qui refuse d'appliquer la règle de l'unicité d'instance dans les litiges de droit international privé, en tout cas quand la première instance a eu lieu à l'étranger¹⁷²⁷. Concernant la concentration des

¹⁷²⁵ Sur cette jurisprudence, cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, E

¹⁷²⁶ Arrêt *Gubish* précité.

¹⁷²⁷ Cass. Soc., 8 février 2012, *Bull. civ. V*, n°66. Dans cet arrêt, un contrat de travail est conclu entre une entreprise française et un salarié français qui est par la suite détaché en Espagne. Le contrat de travail est suspendu et un nouveau est conclu entre le salarié et la filiale espagnole. La société française souhaite mettre fin au détachement, et le salarié conteste devant les juridictions espagnoles la rupture du contrat avec la filiale (demande rejetée). Pendant ce temps, il est licencié dans le cadre de son contrat initial, et il intente un autre procès en France contre la société française. Celle-ci oppose le principe de l'unicité d'instance : le licenciement étant intervenu alors que l'action espagnole était toujours pendante, il aurait dû y faire valoir ses prétentions. La Cour de cassation pose alors un principe : « *le principe de l'unicité d'instance ne peut être opposé devant la juridiction prud'homale en raison d'une action introduite devant une juridiction étrangère* ». Sur cet arrêt, et approuvant la solution comme étant justifiée par les besoins de la pratique, voir PETEL-TEYSSIE (I.), « L'unicité de l'instance prud'homale en droit international privé », *JCP S*, n°14, 3 avril 2012, 1157

moyens, les voix qui se sont élevées contre l'expérience française¹⁷²⁸ regrettent notamment que cette règle impose une autorité à ce qui n'a pas été véritablement jugé ni même discuté, allant à l'encontre du contradictoire et de l'accès au juge¹⁷²⁹. Elle se justifierait pourtant par la volonté de limiter les intentions dilatoires de certains plaideurs qui n'hésiteraient pas à multiplier les procédures en se fondant, chaque fois, sur des moyens différents. Cette difficulté semble cependant pouvoir être combattue dans le cadre plus général de l'abus du droit d'agir.

C. L'abus du droit d'agir

436. Position du problème. Se poser la question d'un éventuel rapprochement matériel des législations procédurales portant sur l'abus du droit d'agir revient à s'interroger sur le rapprochement de deux problèmes. Le premier est la définition de l'abus du droit d'agir et ses conditions de reconnaissance. Le second consisterait dans le rapprochement de la sanction de l'abus du droit d'agir. En effet, si le droit procédural a pour vocation première de permettre la mise en œuvre des droits subjectifs, « *on attend aussi du droit procédural les règles nécessaires pour protéger les défendeurs contre les charges et les frais de procédures pour les demandes infondées* »¹⁷³⁰. Il s'agirait ici de dissuader et de protéger contre les actions dilatoires qui n'ont d'autres vocations que de causer un tort au défendeur¹⁷³¹, tout en se

¹⁷²⁸ Que ce soit de la jurisprudence *Césaréo* ou de ses suites. Voir par exemple, Cass. 2^{ème} Civ., 25 février 2010, pourvoi n°09-10.328, *inédit* consacrant l'autorité de chose jugée à un arrêt qui n'avait pas tranché la question pourtant posée.

¹⁷²⁹ En ce sens, voir notamment, GUINCHARD (S.), « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.379 ; WIEDERKEHR (G.), « Étendue de l'autorité de chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP G*, 25 avril 2007, II 10070 ; ou encore, à propos de l'arrêt de 2010 et sur l'autorité d'une omission de statuer, HAFTEL (B.), « Autorité de chose jugée et syndrome du chef de dispositif fantôme », *D.*, 2010, p.1403.

Une telle règle a toutefois été jugée conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales – ou tout du moins, la CEDH opère un renvoi au droit interne – puisqu'elle se justifierait par des impératifs de « *bonne administration de la justice, de sécurité juridique et de loyauté procédurale* » (CEDH, Requête 23228/08, *Legrand contre France*, 26 mai 2011, §41).

¹⁷³⁰ STORME (M.), « Harmonisation of civil procedure and the interaction with substantive private law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.141, spéc. p.145: « *One expects from procedural law the rules required to protect and enforce subjective rights, wherever self-help is not an option, in an effective way within an appropriate time and at a reasonable cost. But one also expects from procedural law the rules required to protect defendants against the burdens and costs of procedure for unfounded claims* ».

¹⁷³¹ CORNUT (E.), « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, p.27, n°30 : « *S'agissant du droit d'agir en justice, le demandeur commettra un abus de droit toutes les fois qu'il portera son action devant un for déterminé dans un but manifestement étranger à celui pour lequel ce droit lui a été accordé. L'abus ne se distingue pas de celui qui existe en droit processuel interne. Il correspondra à des hypothèses où une demande est formée, notamment, dans l'unique but de causer un préjudice au défendeur, ou à des fins dilatoires* ».

gardant de dissuader le justiciable de porter sa demande, qu'il pense réellement bien-fondée, en justice. C'est la transcription du fait que « *le droit d'agir en justice n'est pas un droit discrétionnaire* »¹⁷³². De ce fait, « *comme tout droit subjectif, il est donc susceptible d'abus et cet abus est sanctionnable* »¹⁷³³.

Or, bien qu'il ne faille pas confondre l'abus dans l'exercice de l'action, et l'abus dans l'exercice de l'option de compétence du demandeur¹⁷³⁴, ce dernier pourrait être orienté en raison des divergences entre les législations procédurales portant sur le premier¹⁷³⁵. En effet, un justiciable souhaitant agir de façon dilatoire et à qui une option est ouverte se permettra sans doute de le faire si la législation procédurale de l'une de ces options pose des conditions plus strictes de l'abus, ou des sanctions plus légères. De même, la confiance mutuelle, facteur de la libre circulation des décisions, se trouverait renforcée si une certitude résidait dans le fait que l'exercice de l'action à l'étranger n'était pas abusif, l'appréciation étant faite selon des éléments communs.

437. Solution proposée. La notion d'abus de droit n'est pas inconnue dans le droit européen, même si sa consécration reste « *timide* »¹⁷³⁶. La question porte surtout sur le fait de savoir si un principe général de l'abus de droit existe en droit européen, auquel cas il pourrait être appliqué à l'abus de droit d'agir en justice. En effet, si la juridiction européenne pose certaines règles relatives à l'abus du droit d'agir en justice, elle opère également un renvoi aux législations nationales¹⁷³⁷. Pour certains auteurs, il s'agira là de la preuve du refus de consacrer un principe général européen de l'abus de droit dont l'appréciation serait soumise

¹⁷³² CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n°454, p.345

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ *Ibid.*, n°29 : « *S'il lui est lié, le droit d'option de compétence internationale se distingue du droit d'agir en justice en ce qu'il lui est antérieur : le droit d'option de compétence permet d'amplifier la protection juridictionnelle du demandeur pour lui donner les meilleures chances de faire entendre sa cause, alors que le droit d'agir en justice, d'exercer effectivement l'option, lui permet d'obtenir la reconnaissance de ses droits et de faire trancher une contestation à laquelle il est partie* ».

¹⁷³⁵ Pour un panorama rapide des différences conceptuelles dans les États membres à propos de l'abus de droit en général, voir LENAERTS (A.), « The general principle of the prohibition of abuse of rights : a critical position on its role in a codified European contract law », *ERPL*, 2010, p.1121, spéc. p.1125 et s. Sur les liens entre abus de *forum shopping* et abus de droit d'agir, voir USUNIER (L.), « Le règlement Bruxelles 1 Bis et la théorie de l'abus de droit », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d'E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.449, spéc. pp.468 et s.

¹⁷³⁶ NIBOYET (M.-L.), « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p.937, n°18, pp.944-945. Dans le même sens, voir USUNIER (L.), *op. cit.*, spéc. p.466

¹⁷³⁷ CJCE, Affaire C-367/96, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio (État hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Recueil 1998 page I-02843, Conclusions Tesauro, point 21 : « *il ne saurait être considéré comme contraire à l'ordre juridique communautaire que les juridictions nationales appliquent une règle nationale [...] pour apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé d'une manière abusive* ».

aux États membres¹⁷³⁸ sous réserve des principes déjà auparavant établis. La nature procédurale de la question impliquerait l'application de la *lex fori*¹⁷³⁹. Toutefois, les indications données par la jurisprudence européenne nous semblent déjà constituer une délimitation relativement harmonisée de l'abus du droit. Une partie de la doctrine considère dès lors qu'il existe ou commence à exister un concept unifié de la notion d'abus de droit au niveau européen¹⁷⁴⁰. Certes, elles sont relatives à l'abus d'un droit conféré par le droit européen. Mais il serait tout à fait envisageable de les appliquer à l'abus du droit d'agir en justice, d'autant plus que le droit d'action est consacré à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux¹⁷⁴¹. La règle matérielle européenne exigerait ainsi que dans tous les États membres de l'Union européenne, une action transfrontière remplissant les critères définis soit sanctionnée comme étant abusive.

De façon générale, au niveau européen, « *abuse du droit celui qui en est le titulaire quand il l'exerce de manière déraisonnable pour obtenir, au préjudice d'autrui, "des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif" poursuivi par le législateur lorsque celui-ci confère au particulier une position subjective donnée* »¹⁷⁴². Il est ainsi établi deux critères pour la reconnaissance d'un abus : le détournement de la finalité du droit et la question de la proportionnalité¹⁷⁴³. Au terme d'une abondante jurisprudence¹⁷⁴⁴, il ressort par ailleurs de l'arrêt *Emsland-Stärke*¹⁷⁴⁵ que la reconnaissance de l'abus de droit suppose la

¹⁷³⁸ CORNUT (E.), *Théorie critique de la fraude à la loi – Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, n°126, p.75

¹⁷³⁹ CORNUT (E.), « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, p.27, n°22 : l'appréciation de l'abus de droit de for doit être soumise à la loi procédurale du for, il s'agit d'apprécier la légitimité de l'intérêt dans son aspect procédural, idem pour l'abus du droit d'agir (Voir, implicitement, Cass. 1^{ère} Civ. 25 février 1986, *Bull. civ. I*, n°38).

¹⁷⁴⁰ LENAERTS (A.), « The general principle of the prohibition of abuse of rights : a critical position on its role in a codified European contract law », *ERPL*, 2010, spec. p.1132 : « *The Court determined itself the content of the abuse of rights. This evolution might be considered as a first step towards the creation of a Union concept of the abuse of rights, with its own conditions of application.* »

Dans le sens de l'avènement possible d'une notion autonome, voir également BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°191, spéc. p.222

¹⁷⁴¹ « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.* »

¹⁷⁴² CJCE, Affaire C-212/97, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Recueil 1999 page I-01459, Conclusions La Pergola, Point 20 des conclusions.

¹⁷⁴³ CORNUT (E.), « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*

¹⁷⁴⁴ Voir, par exemple, les arrêts *Kefalas* et *Centros* (précités) ; ou encore CJCE, Affaire C-373/97, 23 mars 2000, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Recueil 2000 page I-01705, Conclusions Saggio.

Sur ces différents arrêts et l'évolution en matière d'abus de droit dans la jurisprudence européenne, voir notamment LENAERTS (A.), « The general principle of the prohibition of abuse of rights : a critical position on its role in a codified European contract law », *ERPL*, 2010, p.1121.

¹⁷⁴⁵ CJCE, Affaire C-110/99, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Recueil 2000 page I-11569, Conclusions Siegbert Alber.

réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif¹⁷⁴⁶. Le premier implique que l'objectif assigné au droit conféré, et utilisé abusivement, n'est pas atteint. Le second nécessite de rechercher une certaine intention du justiciable d'obtenir un avantage autre que celui prévu, en créant artificiellement les conditions nécessaires pour obtenir ce dernier. Une fois adaptées au droit d'agir, ces conditions pourraient former les critères européens de l'abus du droit d'agir dans les litiges transfrontières. Concernant d'une part le détournement de la finalité du droit, on retrouvera ici le cumul des éléments subjectif et objectif. Le droit d'action a pour objectif de permettre à tout justiciable de faire reconnaître ses droits substantiels en justice. Il y aura donc abus du droit d'agir lorsque le justiciable aura volontairement créé les conditions de recevabilité de l'action (élément subjectif), mais que la protection du droit substantiel invoqué n'est pas atteinte (élément objectif), le but étant tout autre à savoir nuire, la plupart du temps, au défendeur. La raison de la non-réalisation de l'objectif pourra souvent être reliée à la seconde condition. Concernant d'autre part la proportionnalité, le test impliquerait trois étapes : la pertinence ou utilité de l'acte, le fait que celui-ci soit indispensable et ne puisse pas être remplacé par un autre tout aussi efficace et préservant davantage l'autre partie, et la proportionnalité par rapport aux conséquences¹⁷⁴⁷. C'est surtout au terme de la première étape que l'abus de droit pourra être caractérisé. En effet, une action exercée abusivement est par définition une action qui n'est pas pertinente du point de vue du droit substantiel évoqué.

Par ailleurs, s'il nous paraît important que soient harmonisées les conditions afin de garantir une appréciation uniforme de l'abus dans l'action, la sanction nous semble importer peu. Un renvoi à la loi procédurale pourra donc être fait, à la condition que celle-ci ne consacre pas une sanction dérisoire. Le refus de statuer sous quelque forme que ce soit apparaît évident¹⁷⁴⁸. Quant à la sanction dissuasive, la nature importe peu¹⁷⁴⁹, tant que son objectif est rempli. L'important est de ne « conserver » que les actions véritables – dans le sens où leur objet est de véritablement faire sanctionner un droit subjectif en justice – en vue de l'instance.

¹⁷⁴⁶ LENAERTS (A.), *op. cit.*, p.1134 ; CORNUT (E.), *op.cit.*, n°26

¹⁷⁴⁷ *Op. cit.*, n°32

¹⁷⁴⁸ En faveur du déclinatoire d'incompétence plutôt que d'une déclaration d'irrecevabilité, GAUDEMET-TALLON (H.), « De l'abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.383, spéc. p.395. Mais, la forme importe peu, tant que le résultat est l'absence de solution au fond.

¹⁷⁴⁹ Par exemple, l'article 32-1 du Code de procédure civile français dispose la condamnation à une amende civile, pouvant s'accompagner de dommages-intérêts à l'intention du défendeur poursuivi abusivement.

§3 : L'INSTANCE

438. Numéro introductif. Au cours de l'instance, quelques règles méritent également que l'on s'attarde sur leur éventuel rapprochement. La détermination de la loi applicable, dans un litige de droit international privé, est évidemment au centre de toutes les attentions, surtout dès lors que les règles de conflit de lois sont harmonisées (**B**). Par ailleurs, l'étude du règlement sur l'obtention des preuves à l'étranger¹⁷⁵⁰ a pu révéler un éventuel besoin de rapprochement des législations probatoires européennes sur lequel il conviendra de s'interroger (**C**). Enfin, certains pouvoirs du juge posent également question. Il s'agira par exemple de la problématique liée à l'astreinte (**D**). Mais, avant toute chose, c'est l'acte introductif d'instance, qui est par définition le premier élément de l'instance, qui retiendra notre attention (**A**).

A. L'introduction de l'instance

439. Généralités. Certains auteurs ont pu mettre en exergue les faiblesses de l'acte introductif d'instance pourtant indiscutablement essentiel à toute procédure¹⁷⁵¹. Si l'acte introductif d'instance est la condition de toute procédure – puisque par définition, il en conditionne l'existence¹⁷⁵² –, force est de constater qu'il ne fait pas l'objet, en tant que tel, d'une législation harmonisée au sein de l'Union européenne. Or, ces auteurs ont regretté une telle lacune qui « nuit à la sécurité juridique et à l'efficacité des mesures d'exécution en atténuant notamment, la portée du titre exécutoire européen »¹⁷⁵³, et partant à la libre circulation des décisions¹⁷⁵⁴. Par suite, certains appellent à la création d'un acte introductif d'instance européen¹⁷⁵⁵. Sans aller jusqu'à adopter un acte uniforme devant être transmis de

¹⁷⁵⁰ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §1, A.

¹⁷⁵¹ LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013, n°278 et s., pp.231 et s. ; voir également le colloque organisé à Sibiu en 2009 par l'Union nationale des huissiers de justice de Roumanie, « L'Europe judiciaire : 10 ans après le Conseil de Tampere », Magazine de l'Union internationale des Huissiers de justice, 2010, n°25, p.95, disponible sur http://www.uilhj.com/magazine-n-25_1020114.html ; ou encore « L'introduction de l'instance : maillon faible de l'espace judiciaire européen », *Juris-Union*, Septembre 2009, n°3, disponible sur http://www.aug.it/internazionale_2012/juris-union-03.pdf.

¹⁷⁵² L'acte introductif d'instance se définit comme « l'acte de procédure par lequel une personne prend l'initiative d'un procès » (V° Acte, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.22). Il ne se confond pas avec la saisine du juge, mais la conditionne au sens du droit européen (cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, E., 2 et LASSERRE [M.-C.], *op. cit.*, n°279 et s., p.233).

¹⁷⁵³ « L'introduction de l'instance : maillon faible de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p.9. Sur le lien entre l'acte introductif d'instance et la sécurité juridique, voir particulièrement l'intervention de Madame le Professeur Fricero, p.49.

¹⁷⁵⁴ LASSERRE (M.-C.), *op. cit.*, n°282, p.235

¹⁷⁵⁵ Un tel acte introductif d'instance ne serait pas, pour ces auteurs, limité aux litiges transfrontaliers. Voir, par exemple, l'intervention de Monsieur Mathieu Chardon au colloque de Sibiu, *op. cit.*, p.100 ;

façon uniforme, quelques généralités pourraient être tirées des règles déjà existantes et corrigées. Un acte introductif d'instance « minimal » serait ainsi envisageable.

440. La transmission de l'acte introductif d'instance. Les modes de transmission des actes introductifs d'instance sont les éléments qui font le plus l'objet de réglementations¹⁷⁵⁶. Pourtant des voix s'élèvent contre les dispositions actuellement en vigueur. D'une part, la cohérence des modes de signification devrait, nous l'avons déjà observé, être améliorée. Un acte horizontal, inséré dans la codification, serait pour ce faire adéquat. Il permettrait d'éviter les écueils liés à l'application cumulative des instruments européens¹⁷⁵⁷.

D'autre part, dans le cadre de cette action horizontale, le mode de transmission des actes devrait être sécurisé. On retrouve ici les critiques relatives aux incertitudes de la transmission sans preuve pourtant autorisée par les règlements européens¹⁷⁵⁸. Celles-ci sont mises en exergue par le fait que ces modalités ne sont pas subsidiaires¹⁷⁵⁹. De fait, ces modalités devraient, si ce n'est être supprimées, à tout le moins être subordonnées aux seuls et uniques cas où il pourra être prouvé que toutes les diligences ont été observées en vain pour parvenir à signifier ou notifier l'acte par un mode permettant la preuve que celui-ci a été porté à la connaissance du justiciable. Sans peut-être aller jusqu'à l'obligation de transmettre l'acte par « *professionnel de la signification* »¹⁷⁶⁰, l'information du justiciable qui ne peut être prouvée ne doit rester qu'un cas exceptionnel.

441. Le contenu de l'acte introductif d'instance. Concernant le contenu de l'acte, là encore il existe quelques prémisses de réglementations¹⁷⁶¹. Associées aux exigences du procès

LASSERRE (M.-C.), *op. cit.*, n°287 et s., pp.238 et s. ; « L'introduction de l'instance : maillon faible de l'espace judiciaire européen », *op. cit.* et particulièrement l'avant-projet de directive du Conseil et du Parlement européen portant création d'un acte introductif d'instance harmonisé en matière civile et commerciale proposé par l'Union internationale des huissiers de justice, pp.61 et s.

¹⁷⁵⁶ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1

¹⁷⁵⁷ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §1, B.

¹⁷⁵⁸ Sur ces possibilités, et les critiques, cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, A. Voir également l'intervention de Madame le Professeur Fricero, in « L'introduction de l'instance : maillon faible de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p.54

¹⁷⁵⁹ NIOCHE (M.), « Règlement (CE) n°805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen », in CADIET (L.), JEULAND (E.) et AMRANI MEKKI (S.) (Dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011, p.161, spéc. n°462, p.172. Sur l'absence de hiérarchie entre les règles posées par le règlement signification et notification, voir CJCE, Affaire C-473/04, 9 février 2006, *Plumex contre Young Sports NV*, Recueil 2006 page I-01417, Conclusions Tizzano.

¹⁷⁶⁰ En faveur d'une telle modalité, voir notamment l'intervention de Madame le Professeur Fricero, « L'introduction de l'instance : maillon faible de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p.54, et l'article 14 de l'avant-projet de directive, p.71. Voir également LASSERRE (M.-C.), *op. cit.*, n°289, p.241.

¹⁷⁶¹ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, A et §3.

équitable instaurées par la Cour européenne des Droits de l'Homme¹⁷⁶², les informations contenues dans l'acte introductif d'instance dans le cadre du titre exécutoire européen, ou dans les formulaires des procédures uniformisées nous semblent suffisantes. Elles pourraient être étendues¹⁷⁶³. Sans faire un inventaire à la Prévert, l'acte introductif d'instance devrait ainsi contenir les informations permettant d'identifier les parties, le litige dans son objet et ses principaux éléments, ou encore la juridiction et les dates importantes telles que celles de sa saisine. Quelques informations procédurales nécessaires seraient également les bienvenues telles que la nécessité ou non de constituer avocat. L'important réside dans l'information suffisante de la partie adverse¹⁷⁶⁴.

442. Les effets de l'acte introductif d'instance. Le projet Storme mettait en exergue les difficultés liées aux divergences relatives aux effets de l'acte introductif d'instance. Est déjà harmonisée la conséquence sur la date de la saisine de la juridiction qui doit être prise en compte dans l'appréciation de la litispendance et de la connexité¹⁷⁶⁵. L'article 2.2.1 du projet prévoit en outre l'effet interruptif de prescription sous réserve que les diligences qui suivent cet acte soient effectuées dans les trois mois. Une telle règle n'est pas dénuée d'intérêt en droit interne, et d'autant plus en droit international. Elle permet notamment d'éviter un déni de justice, inéluctable si l'introduction de l'instance dans un État n'a pas interrompu les délais dans un autre État, alors que la dimension transfrontière du litige est indéniablement source d'erreurs, ne serait-ce que dans le choix de la juridiction compétente. En effet, en interrompant la prescription, l'acte introductif d'instance formé devant une juridiction incompétente permet de préserver les droits des justiciables qui pourront mieux se pourvoir. Elle est gage de sécurité des droits des plaideurs dans un système reposant sur une première difficulté qui est la détermination de la juridiction compétente, la seconde difficulté résidant, par la suite dans la détermination de la loi applicable.

B. La détermination de la loi applicable

443. Le statut procédural du conflit de lois. La détermination de la loi applicable est évidemment le problème spécifique d'une instance portant sur un litige de droit international

¹⁷⁶² Au demeurant, la jurisprudence de la CEDH a une grande influence sur une harmonisation à plus grande échelle de l'acte introductif d'instance dans les États partis à la Convention. Sur ce point, voir « L'introduction de l'instance : maillon faible de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n°17 et s., pp.16 et s.

¹⁷⁶³ Dans le même sens, voir LASSERRE (M.-C.), *op. cit.*, n°288, p.240

¹⁷⁶⁴ Voir l'intervention de Madame le Professeur Fricero, *in* « L'introduction de l'instance : maillon faible de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p.53

¹⁷⁶⁵ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, E.

privé. Elle n'est, de toute évidence, pas exempte de toutes difficultés. Le règlement Rome III, par exemple, prend la date de la saisine de la juridiction comme moment de détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties. Or, comme le note Madame le Professeur Hammje¹⁷⁶⁶, rien n'est précisé quant à la définition de celle-ci. Dans le souci de cohérence qui nous guide, la définition posée dans d'autres règlements européens¹⁷⁶⁷ semble pouvoir être adoptée ici. Mais cela ne réglerait qu'une petite question parmi les nombreuses qui entourent la détermination de la loi applicable par les parties (1), ou par le juge (2).

1. La détermination de la loi applicable par les parties

444. L'admission de l'accord procédural. La question de la détermination de la loi applicable par les parties, sous l'angle de la procédure, se pose dans deux cas. Il s'agit, d'une part, de l'accord procédural, d'autre part des modalités procédurales de l'exercice d'une option législative. S'agissant du premier cas, l'accord procédural se définit comme un « *accord des parties, en cours de litige, pour écarter la règle de conflit de lois* »¹⁷⁶⁸. Il doit se distinguer de la loi d'autonomie en ce que, par principe, le premier porte sur l'éviction de la règle de conflit normalement applicable, alors que la seconde, consistant elle-même en une règle de conflit, permet la désignation directe de la législation applicable. L'admission d'un accord procédural sur une loi étrangère conduirait à rapprocher les deux notions. Toutefois, elles ne seraient là encore pas synonymes. L'accord procédural n'a trait qu'au litige pendant devant la juridiction dans la mesure où il s'agit, comme son nom l'indique, d'un accord sur la procédure en cours. La loi d'autonomie permet la désignation de la loi applicable pour l'ensemble des relations entre les parties, et sera choisie avant même la mise en œuvre d'une quelconque action.

Cette possibilité semble « *largement* »¹⁷⁶⁹ offerte par le droit de l'Union européenne. Pour Madame le Professeur Clavel, il s'agit, en tout état de cause d'une notion de procédure soumise à la *lex fori*, qui ne pourrait être remise en cause par le droit européen sans justification¹⁷⁷⁰. Pourtant, il semblerait nécessaire, pour qu'il y ait une uniformité des

¹⁷⁶⁶ HAMMJE (P.), « Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p.291, spéc. n°35

¹⁷⁶⁷ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, E., 2

¹⁷⁶⁸ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, Glossaire, p.9

¹⁷⁶⁹ CLAVEL (S.), « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.57, spéc. p.64

¹⁷⁷⁰ *Loc. cit.*

dispositions, d'harmoniser expressément le régime de l'accord procédural. D'une part, une clarification de l'admission, ou non, au niveau européen, de cette pratique apparaît souhaitable. En effet, en l'état actuel de la législation, seuls deux instruments admettent expressément l'accord procédural. Il en va ainsi du règlement Rome III en son article 5§3, sous réserve de la loi du for¹⁷⁷¹. Ce renvoi au droit procédural du for implique, par exemple, que s'agissant de droits indisponibles, un tel accord ne sera pas recevable devant les juridictions françaises¹⁷⁷² alors qu'il pourrait l'être devant celles d'un autre État membre. Une difficulté commence dès lors à poindre : la sécurité juridique souhaitée et l'égalité des justiciables ne seront pas atteintes dès lors qu'une telle disparité persistera. Il en va également ainsi de l'article 7 du protocole de La Haye de 2007 sur les obligations alimentaires – intitulé « accord procédural » – auquel renvoie le règlement du 18 décembre 2008. Cet article consacre un accord procédural au seul profit de la loi du for¹⁷⁷³. Aucune disposition similaire n'est posée dans les règlements Rome I et II. Tout au plus peut-on trouver, à l'article 3§2 du règlement relatif aux obligations contractuelles que « *les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement* ». En permettant un tel choix « à tout moment », le législateur européen permet nécessairement qu'il ait lieu en cours de procédure. Mais cela ne peut s'analyser en un accord procédural. Il s'agit d'une modalité de la loi d'autonomie consacrant certes un choix tardif, mais valable pour l'ensemble des relations. Le recours assez large de la loi d'autonomie semble aller vers une admission tout aussi large de l'accord procédural, le

¹⁷⁷¹ « Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for ».

¹⁷⁷² HAMMJE (P.), « Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p.291, spéc. n°32. Néanmoins, la récente possibilité pour les parties de recourir à la loi d'autonomie en la matière soulève la question de la persistance de la qualification en tant que droits indisponibles (BUREAU [D.] et MUIR WATT [H.], *Droit international privé*, Tome II – Partie Spéciale, PUF, 3^{ème} éd., 2014, n°620-69, spéc. p.51)

¹⁷⁷³ « Article 7 – Désignation de la loi applicable pour les besoins d'une procédure particulière (accord procédural) – 1. Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, uniquement pour les besoins d'une procédure particulière se déroulant dans un État donné, désigner expressément la loi de cet État pour régir une obligation alimentaire. 2. Une désignation antérieure à l'introduction de l'instance doit faire l'objet d'un accord, signé des deux parties, par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement. »

résultat final étant équivalent. Une disposition expresse admettant, sans autre réserve que celles de la loi d'autonomie¹⁷⁷⁴, nous paraît dès lors envisageable et appropriée.

445. Le régime de l'accord procédural. D'autre part, une telle disposition européenne ne recevra pas une application uniforme si ses modalités, pouvant être disparates, sont soumises à la loi du for, ce qui s'avère être le cas en matière de divorce¹⁷⁷⁵. Une harmonisation du régime apparaît donc également souhaitable¹⁷⁷⁶. Deux questions se posent à ce propos. La première a trait à la forme de l'accord procédural. Ce sera tout le problème de l'acceptation, ou non, de l'accord procédural tacite que reconnaît le droit français¹⁷⁷⁷. Le seul silence des parties suffit, en matière de droits disponibles, à matérialiser un accord procédural. Des parties étrangères pourraient donc se retrouver soumises à la loi française par leur seule méconnaissance du système de droit international privé du for. Le risque est d'autant plus grand si les parties sont ressortissantes d'un État dans lequel le juge a l'obligation de soulever d'office la règle de conflit¹⁷⁷⁸. Or, la sécurité juridique et la certitude qui entourent la détermination de la loi applicable par la volonté des parties¹⁷⁷⁹ nous semblent s'opposer à l'acceptation d'une telle modalité, sauf s'il est démontré, de façon certaine, qu'il s'agit bien de la volonté des parties¹⁷⁸⁰.

La seconde question conduit à se demander si l'accord procédural porte nécessairement sur la loi du for ou s'il peut également porter sur une loi étrangère. À ce propos, les quelques dispositions que nous avons pu relever dans les règlements européens ne

¹⁷⁷⁴ Des réserves similaires permettraient notamment que soient protégés les intérêts privés ou publics déjà préservés par la règle de conflit. De la même façon, cela évite le contournement du rejet de l'autonomie de la volonté par l'accord procédural comme en matière de concurrence déloyale et de propriété intellectuelle dans le cadre du règlement Rome II (article 6§4 et 8§3). Pour une telle limitation, voir CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2014, p.363, spéc. p.375.

¹⁷⁷⁵ HAMMJE (P.), *loc. cit.* : « On pourra regretter que les modalités de l'accord dépendent ici uniquement des dispositions du for, en ce que certains droits pourraient être souples quant à la forme que devra revêtir un tel accord par exemple. Il n'est en cela pas certains que les garanties qui entourent la conclusion d'une convention de choix se retrouvent ».

¹⁷⁷⁶ En ce sens, voir CLAVEL (S.), « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.57, spéc. p.65 : « Dans ces conditions, on peut se demander si la consécration du recours à l'accord procédural par les règlements européens de droit international privé ne pourrait pas conduire la Cour de justice à se pencher sur les contours de cette notion, pour en proposer, le cas échéant, une définition autonome qui pourrait être plus étroite que celle retenue par le droit français ».

¹⁷⁷⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 6 mai 1997, *Bull.* n°94

¹⁷⁷⁸ Par exemple en Allemagne ou en Belgique, cf. *infra*, 2.

¹⁷⁷⁹ En ce sens, voir la formulation de l'article 3§1 du règlement Rome I sur la loi d'autonomie en matière contractuelle. Il est précisé que si le choix n'est pas exprès, il ne peut résulter que « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

¹⁷⁸⁰ En ce sens, voir CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2014, p.363, spéc. p.375. Par ailleurs, s'agissant d'un « accord », devrait être démontrée la volonté claire des deux parties.

semblent pas démontrer de tendance particulière. Si dans le règlement Rome III, il est fait mention d'une loi applicable, sans que celle-ci soit nécessairement la loi du for, le protocole de La Haye connaît d'une telle restriction. La volonté de marquer une distinction entre l'accord procédural et la loi d'autonomie nous conduit à préférer le choix de la seule *lex fori*¹⁷⁸¹.

446. Le problème de l'option de compétence législative. Par ailleurs, il est parfois prévu, pour le demandeur, une option de compétence législative. C'est expressément l'hypothèse de l'article 7 du règlement Rome II qui pose une option entre la loi du pays dans lequel s'est réalisé le dommage, et celle du pays où s'est produit le fait générateur¹⁷⁸². La seule modalité prévue et harmonisée résulte de la formulation même de l'article. Le choix semble ainsi pouvoir n'être que tacite puisqu'il peut résulter des fondements des prétentions des parties. Le reste des modalités est soumis à la *lex fori* comme l'indique le considérant 25¹⁷⁸³. Dès lors, le délai d'option¹⁷⁸⁴, le moment du choix ou encore l'information des parties¹⁷⁸⁵ sont soumis au droit procédural des États membres. La disposition ne reçoit donc pas une application uniforme dans tout l'espace judiciaire européen. De plus, les justiciables doivent multiplier le recours à diverses sources pour mettre en œuvre cette option. Du point de vue général, l'accès à la justice se trouve de ce fait complexifié, et l'égalité entre justiciables malmenée. Du point de vue spécial, l'objectif de protection de l'environnement à travers la victime des atteintes environnementales n'est pas pleinement atteint.

Il conviendrait, par suite, d'opérer un rapprochement du régime de l'option de compétence législative. Le moment du choix – et la réponse à la question du délai d'option s'ensuivra – semble implicitement transparaître de la formulation. Dans la mesure où le choix

¹⁷⁸¹ En ce sens, voir CORNELOUP (S.), *loc. cit.*

¹⁷⁸² « La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit. »

Cet article ne peut être assimilé à un accord procédural bien qu'il s'agisse d'un choix pour la procédure en cours alors que celle-ci est engagée. En effet, dans la mesure où le choix n'incombe qu'au demandeur, il ne s'agit en aucun cas d'un accord, et donc *a fortiori*, d'un accord procédural.

¹⁷⁸³ « En matière d'atteintes à l'environnement, l'article 174 du traité, qui postule un niveau de protection élevé et qui est fondé sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction à la source et sur le principe du pollueur-payeur, justifie pleinement le recours au principe du traitement favorable à la personne lésée. Le moment où le demandeur en réparation peut choisir la loi applicable devrait être déterminé conformément à la loi de l'État membre où se trouve le tribunal saisi »

¹⁷⁸⁴ DUTOIT (B.), « Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne : le règlement Rome II », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.309, spéc. p.320

¹⁷⁸⁵ BOGDAN (M.), « Some reflections regarding environmental damage and the Rome II regulation », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.95, spéc. p.97

peut résulter du fondement des prétentions, il nous paraît pouvoir être déduit qu'il doit s'effectuer au début de l'instance. La solution serait logique et justifiée par la pratique. En effet, elle permet d'éviter de conduire une instance sur le fondement d'une loi qui serait modifiée par la suite. Par ailleurs, si le choix n'est pas clairement exposé comme tel, le souci de protection de l'environnement par l'intermédiaire de la victime du dommage et la volonté de pouvoir sanctionner plus durement une telle obligation délictuelle¹⁷⁸⁶ paraissent impliquer nécessairement que le juge informe le demandeur de l'option qui s'offre à lui. On rejoint, en définitive, la problématique de l'office du juge dans la détermination de la loi applicable.

2. La détermination de la règle applicable par le juge

447. Les divergences nationales. La détermination de la règle applicable par le juge fait l'objet d'un traitement totalement différent d'un État membre à l'autre, cela n'est plus à démontrer. Tant à propos de l'application de la règle de conflit que de la détermination du contenu du droit étranger, les juges européens sont loin d'avoir une mission équivalente.

D'une part, concernant l'office du juge dans la règle de conflit de lois trois systèmes s'opposent¹⁷⁸⁷. Dans certains États, à l'image de l'Allemagne ou de la Belgique, la règle de conflit de lois doit être soulevée d'office par le juge devant lequel est porté un litige comportant un élément d'extranéité. Il s'agit de la position majoritaire en Europe¹⁷⁸⁸. Les États anglo-saxons de *Common Law* – Royaume-Uni comme Irlande – laissent, pour leur part, cette question à la seule initiative des parties¹⁷⁸⁹. Enfin, la Finlande, la Suède ou encore la France ont adopté un système mixte¹⁷⁹⁰. Pour ce dernier, au terme d'une longue évolution

¹⁷⁸⁶ En ce sens, CLAVEL (S.), « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.57, spéc. p.63.

¹⁷⁸⁷ Pour un état des lieux assez large en Europe, voir notamment BOGDAN (M.), « Private International Law as Component of the Law of the Forum : General Course on Private International Law », *RCADI*, 2001, tome 348, p.9. Voir également *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future*, Institut suisse de droit comparé, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, disponible à l'adresse internet suivante http://ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign_law_en.pdf.

¹⁷⁸⁸ En ce sens, NIBOYET (M.-L.), « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », intervention orale, Colloque *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* sous la direction d'O. BOSKOVIC et T. AZZI, Université Paris Descartes, 14 mars 2014, Bruylant, 2015, *A paraître*.

En effet, peuvent être ajoutés aux exemples déjà cités l'Autriche, l'Estonie, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, ou encore l'Espagne (ILLMER [M.], « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237, spéc. p.258).

¹⁷⁸⁹ GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, n°3.28 et s., pp.65 et s. ; NIBOYET (M.-L.), « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », *op. cit.* ; ILLMER (M.), *op. cit.*

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*

jurisprudentielle¹⁷⁹¹, le juge a l'obligation de soulever d'office la règle de conflit lorsque les droits en cause sont indisponibles. Cela ne reste qu'une simple faculté dans le cas contraire, quelle que soit l'origine de la règle¹⁷⁹².

De la même façon, la recherche du contenu du droit étranger n'incombe pas aux mêmes acteurs du procès dans les différents États membres¹⁷⁹³. Règle de droit devant être établie par le juge pour les uns, ou élément de fait qu'il incombe aux parties d'établir pour les autres¹⁷⁹⁴, il est parfois préféré, à l'image du droit français, un système fondé sur la coopération du juge et des parties¹⁷⁹⁵. Les divergences sont donc nombreuses et l'on peut déjà se demander, notamment à propos de l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge, s'il ne serait pas possible de tirer des règles générales de droit européen une règle harmonisée relative à l'office du juge.

448. L'actuelle position européenne. En d'autres termes, il s'agit de se demander si le droit positif européen impose ou non au juge national de soulever d'office la règle de conflit de lois d'origine européenne. Deux arguments pourraient être soulevés.

¹⁷⁹¹ Cass. 1^{ère} Civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *Bull. civ. I*, n°236, GAJDIP n°32 ; Cass. 1^{ère} Civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, *Bull. Civ. I*, n°278, GAJDIP, n°74 ; Cass. 1^{ère} Civ., 18 octobre 1988, *Schule*, *Bull. Civ. I*, n°293, GAJDIP, n°75 ; Cass. 1^{ère} Civ., 4 décembre 1990, *Coveco*, *Bull. Civ. I*, n°272, GAJDIP, n°76 ; Cass. 1^{ère} Civ., 26 mai 1999, 2 espèces, *MMA et Belaid*, *Bull. civ. I* n°s 172 et 174, GAJDIP n°s 77 et 78.

¹⁷⁹² Un doute a pu naître par rapport à la Convention de Rome suite aux arrêts *Marmara* (Cass. 1^{ère} Civ., 9 décembre 2003, *Bull. civ. I* n°251) et *Pourcet* (Cass. 1^{ère} Civ., 31 mai 2005, *Bull. civ. I* n°231). Pour certains auteurs (LAGARDE [P.], « Le juge doit appliquer d'office la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 2005, p.465 ; VERDOT [A.], « L'applicabilité de la règle de conflit de lois d'origine conventionnelle en question », *D.*, 2006, p.260), il s'agirait d'une remise en cause de la jurisprudence *MMA-Belaid* de 1999. La règle de conflit de lois contenue dans la convention de Rome devrait dès lors être soulevée d'office par le juge. Toutefois, une certaine doctrine – il est vrai éclairée par la jurisprudence ultérieure – ne semble pas suivre la même analyse. Ainsi, Monsieur le Professeur Azzi estime qu'il s'agit plutôt d'un problème d'articulation des règles de conflit entre celle d'origine nationale et celle d'origine conventionnelle (AZZI [T.], « L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.649, spéc. n°s 6 à 8, pp. 652 à 656). Cette analyse est d'ailleurs confirmée par les arrêts *Trio gestion* (Cass. 1^{ère} Civ., 28 février 2006, pourvoi n°03-14.058, *inédit*) et *Wörther* (Cass. 1^{ère} Civ., 28 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n°522) qui sont revenus à une distinction classique entre les droits disponibles et indisponibles.

¹⁷⁹³ GRUBER (U. P.) and BACH (I.), « The application of foreign law, a progress report on a new European project », *YPIL*, 2009, p.15. Voir également *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future*, précité.

¹⁷⁹⁴ VISCHER (F.), « General course on private international law », *RCADI*, 1992, tome 232, p.9, spéc. p.75. Sur le droit anglais qui considère le droit étranger comme un élément de fait, voir CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008 by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS, pp.111 et s.

¹⁷⁹⁵ Cass. Com., 28 juin 2005, *Itraco*, *Bull. civ. IV*, n°138 et Cass. 1^{ère} Civ., 28 juin 2005, *Aubin*, *Bull. civ. I*, n°289 : « Attendu qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »

Le premier est relatif à la question de la primauté du droit conventionnel en général, et du droit européen en particulier. On pourrait arguer de ce que cette primauté ne pourrait être permise qu'en imposant au juge d'appliquer d'office les règles de source supranationale. Mais l'argument ne résiste pas à l'analyse¹⁷⁹⁶. En effet, la primauté implique seulement le fait que « *la hiérarchie des normes commande au juge d'écarter une disposition nationale qui viendrait contredire celle d'un traité* »¹⁷⁹⁷. Ce principe de primauté est donc un principe d'articulation entre diverses règles, mais ne justifie pas – comme il n'interdit pas – l'obligation pour le juge de soulever d'office la règle, en l'occurrence européenne.

Reste le second argument. La question est de savoir si le droit positif européen, et particulièrement la jurisprudence de la Cour, pose une obligation de soulever d'office les moyens tirés du droit régional, et donc *a fortiori* les règles de conflit harmonisées. Or, la jurisprudence ne semble pas vraiment aller dans ce sens. Alors que l'arrêt *Verholen*¹⁷⁹⁸ ne s'opposait pas à ce que les moyens de droit tirés du droit communautaire soient soulevés d'office, les arrêts *Peterbroeck*¹⁷⁹⁹ et *Van Schijndel*¹⁸⁰⁰ opèrent un renvoi au droit national sous une double réserve : l'équivalence et l'effectivité¹⁸⁰¹. Le test d'effectivité implique « *chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »¹⁸⁰². Certains auteurs ont évoqué le caractère apparemment « *contradictoire* » de ces deux arrêts rendus le même jour, dans la mesure où, la solution de chacun de deux cas d'espèce était diamétralement opposée¹⁸⁰³. Mais, ces différences tiennent surtout au fait que la position de la

¹⁷⁹⁶ BARIATTI (S.) et PATAUT (E.), « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.337, spéc. p.344

¹⁷⁹⁷ NIBOYET (M.-L.), « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.313, spéc. p.317

¹⁷⁹⁸ CJCE, Affaires jointes C-87/90, C-88/90 et C-89/90, 11 juillet 1991, *A. Verholen et autres contre Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, Recueil 1991 page I-03757, Conclusions Darmon. Monsieur l'avocat général s'était toutefois prononcé en faveur de l'applicabilité d'office du droit européen (Conclusions, point 19).

¹⁷⁹⁹ CJCE, Affaire C-312/93, 14 décembre 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contre État belge*, Recueil 1995 page I-04599, Conclusions Jacobs.

¹⁸⁰⁰ CJCE, Affaires jointes C-430/93 et C-431/93, 14 décembre 1995, *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contre Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Recueil 1995 page I-04705, Conclusions Jacobs.

¹⁸⁰¹ CANIVET (G.) et HUGLO (J.-G.), « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, 1996, p.1

¹⁸⁰² Arrêt *Van Schijndel* précité, point 19.

¹⁸⁰³ RIDEAU (J.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2010, p.998 ; SIMON (D.), note *JDI*, 1996, p.468

Cour « *témoigne en réalité d'une volonté [...] de laisser une marge, peut-être excessive, à l'autonomie procédurale au détriment de l'application uniforme du droit communautaire (de l'Union) et de son effet direct* »¹⁸⁰⁴. Cette primauté à l'autonomie procédurale est regrettée par certains¹⁸⁰⁵, mais cette conception a régulièrement été rappelée par les juges européens depuis¹⁸⁰⁶. Plus encore, l'effectivité semble entendue de façon assez large dans la mesure où il est tenu compte de l'ensemble de la procédure, et non seulement de la règle en cause¹⁸⁰⁷. Toute la question est alors de savoir si le fait de ne pas relever d'office une règle de conflit de lois harmonisée par le droit européen est contraire aux principes d'équivalence et d'effectivité. Rien n'est moins sûr. Concernant le problème de l'équivalence, l'harmonisation du régime des règles internes et des règles européennes n'est pas difficile à vérifier. Sauf existence d'une telle divergence dans un État, elle ne permet pas de fonder une obligation pour le juge. Concernant le test d'effectivité tel qu'il est défini ici, la réponse est plus délicate. Elle nous semble toutefois plutôt tendre vers la négative. L'absence d'obligation pour le juge de soulever d'office la règle de conflit de lois ne rend pas impossible ou excessivement difficile l'application de celle-ci au regard de l'ensemble des règles procédurales. L'argument – soulevé par Monsieur le Professeur Azzi¹⁸⁰⁸ ou Madame le Professeur Niboyet¹⁸⁰⁹ – en faveur de cette solution est simple. Le juge conserve une faculté de le faire, et les parties gardent toujours la possibilité de demander l'application de la règle de conflit et de la loi étrangère. Il semblerait que le renvoi au droit national soit donc justifié d'autant plus que l'on peut douter du seul fait qu'une règle de conflit européenne confère un droit au justiciable dans

¹⁸⁰⁴ RIDEAU (J.), *loc. cit.* Dans le même sens, voir CAZET (S.), « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe*, Juillet 2009, p.4, spéc. n°5, p.5

¹⁸⁰⁵ SIMON (D.), *op. cit.*, p.470

¹⁸⁰⁶ CJCE, Affaires jointes C-222/05 à C-225/05, 7 juin 2007, *J. van der Weerd et autres (C-222/05), H. de Rooy sr. et H. de Rooy jr. (C-223/05), Maatschap H. en J. van 't Oever et autres (C-224/05) et B. J. van Middendorp (C-225/05) contre Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, Recueil 2007 page I-04233, Conclusions Maduro ; CJCE, Affaire C-455/06, 25 novembre 2008, *Heemskerk BV et Firma Schaap contre Productschap Vee en Vles*, Recueil 2008 page I-08763, Conclusions Bot.

¹⁸⁰⁷ En ce sens, voir CAZET (S.), *op. cit.*

¹⁸⁰⁸ AZZI (T.), « L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.649, spéc. p.664.

¹⁸⁰⁹ NIBOYET (M.-L.), « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.153, spéc. p.175 : « Or ces deux principes sont respectés lors de l'alignement du statut procédural de la norme communautaire sur celui de la norme nationale. C'est évident pour le premier. C'est également vrai du second puisque le juge est toujours tenu de faire respecter la norme dès lors qu'elle est invoquée par l'une des parties. La jurisprudence de la Cour de Justice confirme ce point de vue. On notera en effet que la cour est très attentive à préserver la faculté pour le juge national de soulever d'office une règle d'origine communautaire en combattant les dispositions nationales qui viendraient le priver de cette faculté, notamment par l'instauration de brefs délais de prescription ».

la mesure où elle est neutre¹⁸¹⁰. Néanmoins, certains cas particuliers pourraient faire ressurgir cette question. Les règles de protection de parties faibles pourraient ainsi devoir être soulevées d'office¹⁸¹¹. Seraient possiblement concernées les règles de conflit établies en droit du travail¹⁸¹², ou encore celles liées aux consommateurs¹⁸¹³. Sont avancées en ce sens plusieurs jurisprudences européennes qui, en droit de la consommation, imposent au juge un rôle plus important dans le procès. Ainsi, l'arrêt *Oceano Grupo*¹⁸¹⁴ commande au juge de rechercher d'office si une clause incluse dans un contrat de consommation est abusive ou non, en l'occurrence une clause attributive de juridiction. De même, l'arrêt *Mostaza Claro*¹⁸¹⁵ exige du juge de compenser la défaillance juridique du consommateur. Le raisonnement devrait dès lors pouvoir s'étendre aux règles de conflit de lois qui imposent notamment une comparaison afin de garantir un minimum de protection¹⁸¹⁶. Il pourrait en aller de même pour les règles à coloration matérielle qui ont pour objectif de contribuer à « *des politiques publiques substantielles européennes* »¹⁸¹⁷. Il en va ainsi, par exemple, de la règle permettant à la victime d'un dommage environnemental de choisir la loi applicable. Il s'agit en réalité de lutter contre ces délits en offrant la possibilité au demandeur de choisir la loi qui lui sera la plus favorable, et par conséquent, sanctionnera plus durement l'auteur du dommage. Par souci de protection de l'intérêt général, le juge pourrait donc mettre en avant l'élément d'extranéité

¹⁸¹⁰ CLAVEL (S.), « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.57, spéc. p.61

¹⁸¹¹ CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2014, p.363, spéc. p.373 : « Elle semble également être compatible, du moins jusqu'à présent, avec les exigences du droit de l'Union, bien que plusieurs auteurs s'attendent à ce que la Cour de justice de l'Union européenne impose un jour l'application d'office au moins des règles de conflit qui ont pour objectif spécifique de protéger une partie faible ».

¹⁸¹² JAULT-SESEKE (F.), « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP*, 2005, p.253, spéc. n°32 : l'auteur part de la jurisprudence relative aux consommateurs et estime que « De là à imaginer que les différentes dispositions communautaires dont l'objectif est d'assurer la protection de la partie faible et donc notamment du travailleur doivent être appliquées d'office par le juge, il n'y a qu'un pas, certes difficilement compatible avec le respect de l'autonomie procédurale des États membres, mais que la Cour européenne n'hésiterait pas à franchir. La règle de l'article 6 de la Convention de Rome peut sans difficulté, ne serait-ce qu'en raison de son caractère combinatoire, être lue comme une règle protectrice du travailleur. Il est alors possible que la construction de l'espace communautaire entraîne la modification de l'office du juge quant au jeu de la règle de conflit de lois. Des conséquences similaires sont susceptibles de se produire sur le rôle du juge quant à la recherche du droit étranger. »

¹⁸¹³ CLAVEL (S.), *op. cit.* ; ROCCATI (M.), *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Thèse Paris-Ouest Nanterre – La Défense, 2011, spéc. n°199, p.170 : « La protection du consommateur paraît avoir justifié une intervention particulièrement poussée de la Cour de justice, qui laisse peu de liberté au juge national ».

¹⁸¹⁴ CJCE, Affaires jointes C-240/98 à C-244/98, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA contre Roció Murciano Quintero (C-240/98) et Salvat Editores SA contre José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) et Emilio Viñas Feliú (C-244/98)*, Recueil 2000 page I-04941, Conclusions Saggio.

¹⁸¹⁵ CJCE, Affaire C-168/05, 26 octobre 2006, *Elisa María Mostaza Claro contre Centro Móvil Milenium SL*, Recueil 2006 page I-10421, Conclusions Tizzano.

¹⁸¹⁶ CLAVEL (S.), *op. cit.*

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, p.63

omis par les parties, et le choix qui s'offre à la victime, voire d'indiquer la loi la plus favorable¹⁸¹⁸. Les conclusions de Monsieur l'avocat général Bot sous l'arrêt *Heemskerk* précité allaient d'ailleurs en ce sens¹⁸¹⁹.

En tout état de cause, il n'existe pas aujourd'hui une règle harmonisée imposant de façon certaine, ou au contraire empêchant le juge de soulever d'office la règle de conflit de lois d'origine européenne. Tout au plus existe-t-il certaines présomptions dans le sens d'une telle règle pour quelques matières. Mais aucune certitude n'existe réellement, dans aucun domaine que ce soit en conséquence du droit européen général, ou en application d'une disposition des règlements en cause¹⁸²⁰. L'autonomie procédurale reprend ici la quasi-totalité de ses droits. Pourtant, le besoin d'une telle règle matérielle semble se faire sentir.

449. La nécessité d'une harmonisation. Si l'effectivité de la règle de conflit harmonisée ne paraît pas réellement mise en cause au regard de l'ensemble de la procédure, il n'en va pas nécessairement de même concernant l'effet utile des règlements concernés. En effet, l'objectif de ces règlements est clairement affiché : « *Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite* »¹⁸²¹. Or, en l'absence d'indication des parties, le règlement se verra parfois appliqué d'office et la règle harmonisée mise en œuvre. Mais il sera parfois écarté par l'inaction des différents acteurs du procès. Les objectifs de sécurité et de

¹⁸¹⁸ Sur cet exemple, et les difficultés qui peuvent survenir, notamment l'admission d'un accord procédural, voir CLAVEL (S.), *loc. cit.*

¹⁸¹⁹ Conclusions, point 127 : « Nous suggérons, par conséquent, à la Cour de suivre une autre approche, mieux adaptée à un contexte dans lequel l'enjeu d'une application d'office du droit communautaire ne se limite pas, pour reprendre les termes utilisés par la Cour dans son arrêt *van der Weerd e.a.*, précité, à la prise en compte des "intérêts privés des justiciables", mais consiste plus fondamentalement dans la sauvegarde d'exigences d'intérêt général au plan communautaire. »

¹⁸²⁰ Aucune règle n'est posée sur l'office du juge dans les règlements portant harmonisation des règles de conflits de lois. Pour les auteurs anglais, cette exclusion est logique dans la mesure où il s'agit de questions de procédure. Il en va de même concernant la question de l'établissement du contenu du droit étranger sous couvert de l'exclusion de la preuve (ILLMER [M.], « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237, spéc. p.258).

¹⁸²¹ Considérant 6 du règlement Rome I et II. Le considérant 9 du règlement Rome III reprend, en d'autres termes, la même idée : « Le présent règlement devrait créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dans les États membres participants, garantir aux citoyens des solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse, et empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts ».

prévisibilité nous apparaissent, par conséquent, compromis. La doctrine majoritaire converge vers cette idée¹⁸²².

Le rapport Iglesias¹⁸²³, et les principes « de Madrid »¹⁸²⁴ qui s'ensuivirent concluent à un « *affaiblissement du processus d'harmonisation* ». Le traitement de cette question y apparaît comme un véritable « *besoin* »¹⁸²⁵. Deux arguments sont avancés à l'appui de cette position. D'une part, la sécurité et la prévisibilité recherchées ne seraient, nous l'avons déjà exposé, pas atteintes. D'autre part, une telle lacune dans la législation européenne va à l'encontre du marché commun, car cela fait peser une charge injustifiée sur certaines parties selon l'État membre devant lequel est menée l'action¹⁸²⁶. Les auteurs ajoutent que ce besoin est d'autant plus pressant que, selon eux, « *l'harmonisation croissante du droit international*

¹⁸²² Pour la doctrine francophone, voir SIMON (D.), note *JDI*, 1996, p.468, spéc. pp.470-471 : « *Au-delà de ces considérations, le risque majeur inhérent à cette jurisprudence est que la révérence excessive marquée par le juge communautaire à l'égard des règles procédurales nationales n'aboutisse à d'importantes distorsions dans l'étendue de la protection juridictionnelle dont bénéficient les sujets du droit communautaire, aussi bien d'un État membre à l'autre, compte tenu des disparités des traditions juridiques nationales quant à la définition de l'office du juge, qu'au sein du même État membre, en fonction de la conception plus ou moins interventionniste qui préside à la détermination de la mission des différentes juridictions. L'identité de la règle et l'uniformité de la protection juridictionnelle ne sont-elles pas pourtant les piliers d'une "Communauté de droit" ?* » ; BARIATTI (S.) et PATAUT (E.), « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.337, spéc. p.345 ; CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2014, p.363, spéc. p.373 : « *L'uniformité recherchée des résultats n'est pas atteinte. Dans ces conditions, on peut se demander si cet effort d'unification en vaut réellement la peine. On peut également se demander si l'effet utile des règlements européens est réellement préservé. La seule façon d'assurer l'uniformité recherchée est d'élaborer un instrument européen unifiant l'autorité de la règle de conflit dans tous les États membres* ».

La doctrine anglophone semble également adopter cette position. En ce sens, voir, par exemple, KRAMER (X. E.), « Harmonisation of civil procedure and the interaction with private international law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.121, spéc. p.134 : « *It is clear that it is counter to the harmonization of private international law if on the basis of differences in procedural law, to which the lex fori applies, these rules are automatically applied in one Member States but not in the other. Thus, this procedural issue will have to be resolved in order for private international law to function properly* » ; ILLMER (M.), « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237, spéc. p.259 : « *The desired increase in uniformity of decisions (and decrease in forum shopping) by unifying the conflict rules, by applying the lex causae to every issue concerned with the decision on the merits and by excluding renvoi is not achieved if the rules of pleading and proving foreign law are not unified* ».

¹⁸²³ Rapport Iglesias ou dit « de Valence », « The application of foreign law by judicial and non-judicial authorities in Europe », Project JLS/CJ/2007-1/03, disponible à l'adresse suivante <http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/FINALGENERAL%20REPORT.pdf>

¹⁸²⁴ Principes dits « de Madrid », « The application of foreign law by judicial and non-judicial authorities in Europe » (and « basic principles for a future EU regulation on the application of foreign law »), Project JLS/CJ/2007-1/03

¹⁸²⁵ *Ibid.* : « *All these questions weaken the harmonization process within the Member States as well as causes legal uncertainty. These differences have a negative effect on the operation of the EU system of Private International Law and on the consolidation of a European Space of Justice. The need to tackle the application of foreign law by judicial authorities in Europe in order to ensure the proper functioning of the different European Union Regulations on Private International Law becomes gradually clearer. Common rules must be drafted on this matter to provide the courts with the much needed tools* ».

¹⁸²⁶ Rapport précité, n°3, p.3.

privé européen conduira directement à un nombre croissant de cas impliquant l'application du droit étranger »¹⁸²⁷. Des reproches avancés à l'encontre de l'absence d'une harmonisation, on voit se dégager la réponse nécessaire à ce problème. Le principe IV tirait les conséquences du rapport : le juge doit soulever d'office les règles de conflit harmonisées de l'espace judiciaire européen.

450. Solution proposée : l'office du juge dans la règle de conflit. Et en effet, l'application *ex officio* des règles dégagées par les règlements régionaux semble la solution logique à tout ce qui vient d'être exposé. Seule une application systématique de ces dispositions, sauf accord contraire des parties, pourra permettre de pleinement réaliser l'objectif de prévisibilité et de sécurité. La doctrine majoritaire semble aller en ce sens¹⁸²⁸. Monsieur Lecuyer exprime parfaitement ce propos en estimant qu'il « *est finalement paradoxal qu'une règle de conflit aussi patiemment édifiée sur la scène internationale, et comprise comme une règle susceptible de renforcer la sécurité juridique des sujets de droit* ».

¹⁸²⁷ *Ibid.* : « a greater degree of harmonization of PIL in Europe will directly lead to an increasing number of cases involving the application of foreign law ».

¹⁸²⁸ JÄNTERÄ-JAREBORG (M.), « Foreign law in national courts – A comparative perspective », *RCADI*, 2003, tome 304, p.181, spéc. p.199 et 368 : « The intended uniformity of result through unified choice of law rules can only be achieved if the courts and other competent authorities of the Member States are under an obligation to ex officio apply these rules and the law they refer to » ; ILLMER (M.), « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237, spéc. p.259 : « Continuing the logic and basic idea of the Rome Regulations with uniform conflict rules and an extension of the realm of the *lex causae* on the one hand and the principle of *effet utile* on the other hand this uniform approach will have to be one of applying foreign law according to the conflict rules of the Rome Regulations ex officio, at least with regard to those conflict rules which may not be derogated from by a choice of law » ; VILÀ (B.) et ATTAL (M.), « La place de la procédure et de la coopération entre juges et acteurs nationaux – Le périmètre de la codification », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.237, spéc. p.248 : « En tout cas, du point de vue d'une éventuelle inclusion de ces questions dans une future codification, on pourrait reprendre l'avis du rapport selon lequel les données actuelles montrent une énorme disparité des principes et des règles internes en la matière, compromettant l'objectif d'harmonisation du droit international privé. En d'autres mots, nous plaidons pour l'inclusion dans une possible codification d'une règle de base établissant l'application d'office du droit étranger – au moins des États de l'UE – par le juge national dans l'UE, ouvrant en parallèle des voies de normalisation pas l'accès à l'information sur le contenu et les principes du droit étranger » ; CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2014, p.363, spéc. p.375 ; FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le juge français et le droit étranger », *D.*, 2000, p.125, spéc. n°9 (l'auteur est en faveur de cette règle en droit interne, mais elle pense qu'en tout état de cause, cela devrait être la position de la CJCE).

En sens inverse, voir la position adoptée par la majorité des membres du groupement européen de droit international privé dans la session de La Haye de 2012 : « Une applicabilité uniforme des règles de conflit de lois dans l'Union ne paraît ni nécessaire ni souhaitable. Le processus d'application du droit européen est par essence national et engendre, de ce fait, une diversité. Des dispositions uniformes comporteraient le risque de bouleverser les règles nationales de procédure. ». Toutefois, il est précisé qu'au terme des discussions, l'obligation pour le juge de mettre la question du droit applicable dans le débat, tout en laissant un rôle à jouer aux parties, a été acceptée. C'est, au demeurant, la solution que nous préconiserons également.

*privé, soit aussi facilement “effaçable” au sein de l’ordre interne »*¹⁸²⁹. Allant jusqu’à invoquer l’inutilité du rapprochement des règles de conflit qui en résulte, il reprend par ailleurs les propos d’un illustre auteur : « *Finalement, n’est-ce pas Jean-Paulin Niboyet qui soulignait que si la convention internationale non invoquée par les parties n’est pas soulevée d’office par le juge, ce n’est que le reflet du caractère “inutile” de cette convention internationale ?* »¹⁸³⁰.

Au demeurant, indépendamment de toute considération liée à des règles de conflit harmonisées, l’Institut de droit international avait déjà prôné cette solution dans une résolution de 1989¹⁸³¹. Un argument processualiste, tiré de la doctrine de Motulsky¹⁸³², est parfois avancé en ce sens et condamnerait la règle qui existe en droit français¹⁸³³. Ainsi, Monsieur Bolze estime que le relevé d’office de la règle de conflit « *en est même la condition qui fonde son effectivité. Que valent les règles de droit qui désignent une loi si celle-ci ne peut finalement être mise en œuvre par un juge ? C’est donc bien l’autorité relative de la règle de conflit de lois dans le procès qui provoque l’incompréhension. Il n’existe guère d’autres situations où l’on admet sans s’inquiéter que la règle de droit qui conduit à la solution d’un litige soit justiciable d’un régime dérogatoire en droit judiciaire privé. En vérité, le statut procédural actuel du conflit de lois relève d’un non-sens pour un processualiste* »¹⁸³⁴. Comme pour Motulsky, la règle de conflit de lois devrait être appliquée *ex officio* quelle que soit sa source et la nature des droits en cause tout simplement parce que c’est une règle de droit¹⁸³⁵.

¹⁸²⁹ LECUYER (S.), *Appréciation critique du droit international privé conventionnel – Pour une autre approche de l’harmonisation des relations privées internationales*, Préface de M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 495, 2008, spéc. n°105, p.117.

¹⁸³⁰ *Ibid.*, p.118

¹⁸³¹ Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, *L’égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère*, Rapporteur Pierre Gannagé, II, a : « *Étant donné le caractère obligatoire de la règle de conflit, qu’elle désigne la loi étrangère ou la loi du for, il est recommandé aux États, dans la mesure où leurs règles générales de procédure le permettent, - d’imposer à leurs autorités compétentes de soulever d’office la question de l’applicabilité de la règle de conflit, et - dans le cas où cette applicabilité est admise, d’appliquer d’office la loi étrangère que cette règle désigne* ».

¹⁸³² MOTULSKY (H.), « L’office du juge et la loi étrangère » in *Écrits – Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p.87 (tiré des *Mélanges en l’honneur de Jacques Maury*, Tome 1, 1960, p.337), spéc. p.113 : « *Il méconnaît son office, la portée du principe dispositif, celle de la distinction du droit et du fait et l’impératif de la règle de conflit française s’il n’examine pas, en présence d’une affaire comprenant des éléments d’extranéité, quelle est la disposition légale, même étrangère, propre à trancher le litige* ». Il en va ainsi, tant de l’autorité de la règle de conflit, que de la recherche du contenu de la loi étrangère.

¹⁸³³ BLERY (C.) et RASCHEL (L.), « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », in *Qu’est devenue la pensée de Henri Motulsky ?*, *Procédures*, Mars 2012, n°4, p.12, spéc. p.14

¹⁸³⁴ BOLZE (A.), « L’application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d’un processualiste », *D.*, 2001, p.1818, n°1

¹⁸³⁵ *Ibid.*, n°12. Dans le même sens, BARIATTI (S.) et PATAUT (E.), « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.337, spéc. p.345

L'argument peut toutefois être contré en ce que toutes les règles de droit ne doivent pas, en droit interne, systématiquement être soulevées d'office¹⁸³⁶. Néanmoins, il invite à s'interroger sur la subsistance de la divergence de régime en droit interne. Un traitement différencié selon la source européenne ou internationale de la règle semble « *difficilement justifiable* »¹⁸³⁷. Partant, il semblerait qu'une telle règle européenne entraînerait une modification de la solution française de droit commun. Celle-ci serait alors alignée sur celle souhaitée par une majorité à l'échelle européenne¹⁸³⁸.

Cette proposition souffre toutefois d'un inconvénient. Si elle est la solution majoritaire dans les États membres, elle n'en est pas la solution unanime. Les systèmes mixtes ne devraient pas véritablement s'y opposer dans la mesure où, par définition, ils connaissent en partie de ce mécanisme du soulèvement d'office de la règle de conflit. La solution est donc intellectuellement connue et acceptée des magistrats de ces États. Mais, il apparaît difficile de faire accepter une telle règle aux systèmes anglo-saxons dans lesquels la mise en œuvre de la règle de conflit appartient aux seules parties¹⁸³⁹. Aussi, Madame le Professeur Niboyet propose-t-elle – et l'équilibre nous paraît ainsi parfaitement préservé – d'obliger le juge à mettre l'extranéité et la règle de conflit européenne dans le débat, tout en laissant aux parties le soin de mettre en œuvre ensuite, et si elles le souhaitent¹⁸⁴⁰, le raisonnement conflictuel. L'utilité de l'harmonisation est conservée, le rôle des parties également¹⁸⁴¹.

451. Solution proposée : l'office du juge dans la recherche du contenu de la loi étrangère. La reconnaissance de l'applicabilité d'une loi étrangère par la mise en œuvre du raisonnement conflictuel implique, par la suite, que soit établi le contenu du droit substantiel étranger. Nous l'avons vu, les solutions nationales sont, à ce propos, tout aussi divergentes que la question de la mise en œuvre de la règle de conflit. D'emblée, le besoin de

¹⁸³⁶ Ass. Plén., 21 décembre 2007, *Bull.* n°10 : « Mais attendu que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ».

¹⁸³⁷ BARIATTI (S.) et PATAUT (E.), « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.337, spéc. p.345

¹⁸³⁸ *Loc. cit.*

¹⁸³⁹ NIBOYET (M.-L.), « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », intervention orale, Colloque *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* sous la direction d'O. BOSKOVIC et T. AZZI, Université Paris Descartes, 14 mars 2014, Bruylant, 2015, *A paraître*

¹⁸⁴⁰ Dans ce cas, il s'agira d'un accord procédural résultant de la volonté certaine de chacune des parties. Voir *supra*, 1.

¹⁸⁴¹ NIBOYET (M.-L.), *loc. cit.* L'auteur estime qu'une telle règle modifierait par ailleurs, la justice civile : elle impliquerait des suspensions d'audience en cas de procédure orale pour permettre aux parties de se prononcer, et surtout modifierait le rôle et la responsabilité de l'avocat.

rapprochement apparaît moins pressant. Pourtant, c'est ici que les différences de charges pesant sur les justiciables européens pourront se faire ressentir. La situation n'est donc « *en pratique pas satisfaisante* »¹⁸⁴².

La résolution de l'Institut de droit international de 1989 recommandait une recherche par le juge¹⁸⁴³. Des travaux sont actuellement en cours au sein de la Conférence de La Haye, mais leur aboutissement ne semble pas imminent¹⁸⁴⁴. À l'échelle européenne, aucune véritable réflexion n'a, à notre connaissance, pour le moment été menée à ce propos¹⁸⁴⁵. Tout au plus est-il possible de trouver à l'article 30 du règlement Rome II un appel pour une étude sur la mise en œuvre du droit étranger par les juridictions des États membres¹⁸⁴⁶. Prévu pour août 2011, ce rapport n'est toujours pas établi¹⁸⁴⁷. Cette demande démontre au moins que la situation est prise en compte par les instances européennes.

L'approche factuelle, souvent privilégiée par les États laissant la mise en œuvre du conflit de lois aux seules parties¹⁸⁴⁸, fait peser sur celles-ci le poids intellectuel et financier de cette recherche. Le risque est de déboucher sur un « combat » d'experts¹⁸⁴⁹. L'approche légale serait le seul moyen de s'assurer que la recherche est réelle et d'éviter le *forum shopping*¹⁸⁵⁰. Elle reste toutefois difficile à mettre en œuvre en pratique de façon exclusive compte tenu des conditions matérielles de travail des juges. Le risque serait en effet d'allonger

¹⁸⁴² GRUBER (U. P.) and BACH (I.), « The application of foreign law, a progress report on a new European project », *YPIL*, 2009, p.157, spéc. p.159

¹⁸⁴³ Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, *L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère*, Rapporteur Pierre Gannagé, II, b : « Il est recommandé que les autorités judiciaires, à l'aide des moyens que leur offrent les règles de procédure de leur pays, puissent prendre les initiatives nécessaires en vue de la recherche et de la constatation des dispositions des droits étrangers, telles qu'elles sont appliquées dans leur pays d'origine, en demandant notamment leur collaboration aux parties. »

¹⁸⁴⁴ Conclusions et recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence, Séance du 5-7 avril 2011, point 13 : « Travaux futurs – Accès au contenu du droit étranger et nécessité d'élaborer un instrument mondial en la matière – Le Conseil prend note des travaux plus avancés effectués par le Bureau Permanent dans ce domaine. Le Conseil décide que le Bureau Permanent devrait continuer à suivre les développements, mais de ne pas entreprendre, pour le moment, d'autres démarches en la matière et revoie la question lors de sa prochaine réunion ».

¹⁸⁴⁵ En ce sens, voir BARIATTI (S.) et PATAUT (E.), « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.337, spéc. p.345

¹⁸⁴⁶ « Article 30 – Clause de révision – 1. Au plus tard le 20 août 2011, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le présent règlement. Ce rapport contient : i) une étude sur la manière dont est pris en compte le droit étranger par les différentes juridictions et sur la mesure dans laquelle les juridictions des États membres mettent en pratique le droit étranger conformément au présent règlement »

¹⁸⁴⁷ Le §2 du même article prévoyait un rapport en 2008 sur les atteintes à la vie privée et au droit de la personnalité. Celui-ci a été rendu en 2012.

¹⁸⁴⁸ GRUBER (U. P.) and BACH (I.), « The application of foreign law, a progress report on a new European project », *YPIL*, 2009, p.157, spec. p.168

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, p.167

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*

considérablement la durée des instances. Ainsi, il semble que la collaboration entre le juge et les parties pour établir la teneur du droit étranger – telle qu'elle existe aujourd'hui en droit français – soit la solution la plus pertinente et équilibrée¹⁸⁵¹. Cette règle était même celle prévue, mais non adoptée, à l'article 13 dans la proposition de règlement Rome II¹⁸⁵² selon lequel « *Le tribunal saisi détermine de lui-même le contenu de la loi étrangère. Pour ce faire, les parties peuvent être invitées à apporter leur collaboration* ». Le §2 ajoutait la vocation subsidiaire de la loi du for en cas de défaillance. Cette solution apparaît donc comme la plus vraisemblablement apte à se faire acceptée par les États membres.

Enfin, quant aux moyens détenus par le juge pour établir le contenu de la loi étrangère, il est toujours possible de renvoyer au réseau judiciaire dans le cadre de l'espace judiciaire européen, et à la Convention de Londres, malgré ses défauts¹⁸⁵³, pour les États tiers¹⁸⁵⁴. Le groupement européen de droit international privé, dans sa session de Copenhague de 2010 et celle de La Haye de 2012, appelle également à un développement des réseaux entre professionnels de la Justice pour améliorer et faciliter la connaissance du droit étranger. Les moyens Internet devraient également être utilisés plus amplement.

C. La preuve des éléments de fait

452. Indications liminaires. Avant toute chose, il nous apparaît nécessaire de préciser que les questions traitées ici seront limitées. En effet, dans une volonté de cohérence, il convient de ne s'intéresser qu'aux questions qualifiées, dans le cadre des litiges transfrontières, de procédurales à propos du traitement conflictuel de la procédure¹⁸⁵⁵. Par conséquent, les questions relatives à l'objet de la preuve, la charge de la preuve et aux présomptions¹⁸⁵⁶, bien que méritant peut-être une harmonisation, ne seront pas étudiées, car

¹⁸⁵¹ Pour une telle proposition, voir CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2014, p.363, spéc. p.381. Pour un rôle plus important du juge, sans pour autant renier celui des parties, voir JÄNTERÄ-JAREBORG (M.), « Foreign law in national courts – A comparative perspective », *RCADI*, 2003, tome 304, p.181, spéc. p. 368.

¹⁸⁵² Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 6 juillet 2005 en vue de l'adoption du règlement (CE) n°... /2005 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)

¹⁸⁵³ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §3

¹⁸⁵⁴ BARIATTI (S.) et PATAUT (E.), *loc. cit.*

¹⁸⁵⁵ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 2

¹⁸⁵⁶ Certaines présomptions font ainsi l'objet de règles matérielles de procédure dans le cadre de l'Union européenne. Elles touchent parfois à la procédure en ce que l'objet de la présomption est une décision. Ainsi, la directive 2014/104/UE, en son article 9, prévoit que les décisions définitives émanant des autorités nationales de concurrence et constatant une infraction sont une présomption irréfragable d'infraction dans le cadre d'une action en réparation dans le même État membre, et une présomption simple dans les autres États membres. La règle est sans doute contestable au regard des principes d'impartialité et d'indépendance du juge, mais il est nécessaire d'attendre le sens de sa transposition d'ici le 27 décembre 2016. En ce sens, voir

qualifiées de substantielles. Concernant les modes de preuve, pour lesquels la qualification procédurale n'était pas totale, la méthode conflictuelle semble suffire. C'est donc au sujet de l'administration de la preuve devant les juridictions, question également hybride¹⁸⁵⁷, que le besoin pourrait se faire ressentir. Un appel à un rapprochement des législations probatoires a d'ailleurs été fait, nous l'avons, évoqué, par Messieurs les Professeurs Hess¹⁸⁵⁸ et Pataut¹⁸⁵⁹. La question mérite donc réflexion.

453. Réflexion et exclusion. Ce besoin ressort également « *du constat selon lequel les difficultés d'obtention des preuves à l'étranger découlent des divergences entre les modalités concrètes dans lesquelles l'instruction probatoire se déroule* »¹⁸⁶⁰. Utopiste et donc impossible pour certains car trop lié au système – accusatoire ou inquisitoire – des États membres¹⁸⁶¹, les travaux qui ont pu être entrepris démontrent au contraire une possible évolution. C'est notamment le cas du projet Storme.

Quelques rapides recherches montrent que deux points reviennent fréquemment dans les écrits comme étant problématiques, car très différents de ce que peuvent connaître la majorité des États membres. Il s'agit de la *cross examination*¹⁸⁶² et de la *discovery*¹⁸⁶³. Concernant la première, le projet Storme renvoyait à la méthode conflictuelle¹⁸⁶⁴. C'est aujourd'hui le cas dans le cadre du règlement sur l'obtention des preuves comme nous l'avons exposé¹⁸⁶⁵. Dans ce cadre, il a été vu que cette technique devrait pouvoir circuler entre les États européens. Dès lors, il est difficilement imaginable qu'un jugement ayant fait appel à cette technique d'administration de la preuve testimoniale ne puisse pas tout autant circuler librement. Au demeurant, certains auteurs ont pu noter l'influence que pourrait avoir la circulation de cette technique par le truchement de la coopération judiciaire sur le

BRÖMMELMEYER (C.), JEULAND (E.) et SERAFIMOVA (M.), « Directive Private enforcement : l'Union européenne dépasse-t-elle les bornes ? », *JCP G*, n°12, 23 mars 2015, Doctr. 343, n°19

¹⁸⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, b.

¹⁸⁵⁸ HESS (B.), « Nouvelles techniques de la coopération transfrontière en Europe », *RCDIP*, 2003, p.215. L'auteur regrette qu'un citoyen européen soit, en conséquence de la méthode conflictuelle, potentiellement soumis aux droits procéduraux de la preuve de chacun des États membres.

¹⁸⁵⁹ PATAUT (E.), « La décision ordonnant l'audition d'un témoin est-elle une mesure provisoire ou conservatoire ? », *RCDIP*, 2005, p.742 : une telle entreprise de rapprochement des législations serait une condition *sine qua non* de la bonne administration de la justice dans le cadre des litiges européens.

¹⁸⁶⁰ MECARELLI (G.), *L'hypothèse d'un droit commun du procès. Réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, Thèse Paris II, 2002, n°254, p.203

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, n°338 et s., pp.267 et s.

¹⁸⁶² Technique d'administration judiciaire de la preuve testimoniale permettant à l'une des parties d'interroger un témoin de l'autre partie.

¹⁸⁶³ On trouve également cette pratique sous le nom de *disclosure*. Elle consiste à ordonner aux parties la divulgation de l'ensemble des documents en leur possession concernant le litige en cause dès le début du procès.

¹⁸⁶⁴ Article 5

¹⁸⁶⁵ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 3

rapprochement des procédures. Une harmonisation plus douce, et plus spontanée pourrait donc se faire jour¹⁸⁶⁶.

Concernant la seconde, une « *incompatibilité totale [...] doit être largement démythifiée* »¹⁸⁶⁷, et l'on parle même de divergences qui « *sont devenues mineures* »¹⁸⁶⁸. En effet, le clivage semble atténué au niveau européen, notamment en raison de la réforme opérée par le droit anglais en 1999¹⁸⁶⁹. De par cette réforme, le juge anglais, utilisateur majeur de la *discovery* à l'échelle européenne, s'est vu octroyer plus de pouvoirs. L'instauration du *case management*¹⁸⁷⁰ a conduit à créer un juge plus interventionniste se rapprochant de ses homologues continentaux¹⁸⁷¹. À l'inverse, la phase de mise en l'état du procès civil français¹⁸⁷², les articles 10 et 145 du Code de procédure civile, *l'audiencia previa al juicio* du procès espagnol ou la phase intermédiaire allemande ne se rapprocheraient-elles pas de cette *discovery* ? Le facteur de convergence tient dans une exigence partagée : la simplification de la preuve¹⁸⁷³. Du point de vue pratique, toutes ces mesures ont une même conséquence : même si la phase est plus ou moins concentrée dans le temps, toutes les pièces sont connues lors de l'audience de jugement¹⁸⁷⁴. La différence sera essentiellement une différence d'étendue. Alors que la *discovery* permet, en une seule fois d'obtenir tous les documents, même ceux dont on n'avait pas connaissance¹⁸⁷⁵, les procédures plus continentales ne semblent permettre l'obtention que d'un élément à chaque fois, et surtout précisément ciblé. Toutefois, on en arrive, finalement, à des situations relativement proches, bien que différentes, qui font douter du besoin d'une règle matérielle européenne. L'harmonisation minimale

¹⁸⁶⁶ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, §1

¹⁸⁶⁷ MECARELLI (G.), *op. cit.*, n°459, p.345

¹⁸⁶⁸ FERRAND (F.), « Le nouveau Code de procédure civile français et les Principes ALI-Unidroit de Procédure civile transnationale : regard comparatif », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)* sous la direction de J. FOYER et C. PUIGELIER, Economica, 2006, p.439, spéc. p.466

¹⁸⁶⁹ Réforme de la procédure civile menée par Lord Woolf, et dite réforme « Woolf ».

¹⁸⁷⁰ « *Mise en état de l'affaire par le biais d'audiences de procédure sous le contrôle d'un magistrat et de la distribution du litige à un rôle spécifique, en fonction de sa nature, sa complexité et son enjeu* » (HARAVON [M.], « Dix années de réforme de la procédure civile anglaise : révolte ou révolution ? », *RIDC*, 2004, p.825, spéc. p.837). Furent ainsi créés le *small claims track*, le *fast track* et le *multi-track*.

¹⁸⁷¹ MECARELLI (G.), *op. cit.*, n°342, p.269

¹⁸⁷² Articles 763 et suivants du Code procédure civile.

¹⁸⁷³ MECARELLI (G.), *op. cit.*, n°420 et s., pp.318 et s.

¹⁸⁷⁴ *Loc. cit.*

¹⁸⁷⁵ Pour Richard Garnett, la différence la plus importante, et qui porte le plus à conséquence sur l'issue du procès se trouve ici (GARNETT [R.], *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012, n°6.11, p.149 : « *the matter is complicated by the fact that the availability of common law discovery or disclosure (particularly the wide US version) when compared to the European civil model, where each party is limited to relying upon the evidence in its own possession, may have a potential impact on the outcome of the litigation. For example, critical evidence may be excluded from a civil law trial which would be unearthed in a common law proceeding* »). Peut-être qu'une recherche, *a minima*, sur ce point pourrait être la bienvenue.

éventuellement nécessaire nous semble déjà atteinte¹⁸⁷⁶. Il est à noter qu'un pas vers un rapprochement des règles matérielles européennes – mais non spécifique aux litiges transfrontières – a été fait à ce propos dans la directive 2014/104/UE sur les actions en réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles. Les articles 5 et suivants de la directive organisent un système de preuve proche du système de la *discovery* sans pour autant le copier. Justifié par la nécessité, dans ce type de litiges, d'analyses économiques complexes¹⁸⁷⁷, la directive – qui doit être transposée d'ici le 27 décembre 2016 – impose aux États membres de se doter de procédures permettant aux juridictions d'enjoindre la production de preuves ou de catégories de preuves. Là s'arrête l'analogie avec la *discovery* telle qu'on la connaît. Le législateur européen, dans le minimum qu'il impose, a assorti cette procédure de conditions strictes. Ainsi, les preuves ou catégories de preuves doivent être « circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible ». Par ailleurs, la demande d'injonction doit être motivée par des faits qui rendent plausible la demande. Il ne s'agit donc pas de permettre, semble-t-il, la « pêche » aux informations sans aucun fondement. Le juge doit également veiller à la proportionnalité de la demande, sa nécessité et son étendue. Enfin, une telle procédure ne doit pas porter atteinte au secret professionnel et aux instructions des autorités nationales de la concurrence. Certes, l'on semble aller au-delà des règles connues, notamment en droit français, qui obligent à ce que le document dont on demande la production soit précisément déterminé¹⁸⁷⁸. Mais, il est envisageable de concilier les deux approches extrêmes, et d'envisager que « la transposition de la directive [...] prévoira une procédure de production de documents déterminés »¹⁸⁷⁹. Sans pour autant que cette détermination soit précise, pour ne pas se détacher de ce qui paraît constituer l'esprit de la directive, on obtiendrait ainsi une preuve facilitée par l'injonction sans avoir une obligation de

¹⁸⁷⁶ L'article 4.1 du projet Storme proposait un système alliant à la fois la loyauté de la *discovery* et l'interventionnisme du juge. Les évolutions des droits procéduraux respectifs des États membres semblent aller en ce sens et « permet d'esquisser les contours d'une harmonisation minimale » (MECARELLI [G.], *op. cit.*, n°459, p.345).

¹⁸⁷⁷ Considérant 14 : « Les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence de l'Union ou au droit national de la concurrence requièrent habituellement une analyse factuelle et économique complexe. Dans bien des cas, les preuves nécessaires pour démontrer le bien-fondé d'une demande de dommages et intérêts sont détenues exclusivement par la partie adverse ou des tiers et ne sont pas suffisamment connues du demandeur, ou celui-ci n'y a pas accès. Dans ces circonstances, des exigences juridiques strictes faisant obligation aux demandeurs d'exposer précisément tous les faits de l'affaire au début de l'instance et de produire des éléments de preuve bien précis à l'appui de leur demande peuvent indûment empêcher l'exercice effectif du droit à réparation garanti par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

¹⁸⁷⁸ Le droit allemand va dans le même sens, voir BRÖMMELMEYER (C.), JEULAND (E.) et SERAFIMOVA (M.), « Directive Private enforcement : l'Union européenne dépasse-t-elle les bornes ? », *JCP G*, n°12, 23 mars 2015, Doctr. 343, n°16

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, n°17

divulgaration générale de tous documents. C'est bien d'une harmonisation minimum des règles matérielles dont il s'agit ici.

Au demeurant, le doute est permis quant au besoin de rapprochement. Pour reprendre l'interrogation de Monsieur le Professeur Jeuland : « *le rapprochement est-il nécessaire pour la qualité du lien d'instance ? Voilà qui n'est pas certain* »¹⁸⁸⁰. Si l'on reprend la définition que nous avons posée de l'espace judiciaire européen – et qui constitue l'objectif de l'Union européenne –, il s'agit de l'aire géographique – s'étendant sur tous les États membres de l'Union Européenne et, surtout, à ses citoyens ou domiciliés – au sein de laquelle l'objectif est d'assurer, à tous les justiciables, l'égal accès aux tribunaux et dans le cadre de laquelle sont adoptés des outils permettant de favoriser la libre circulation des décisions de justice¹⁸⁸¹. Or, tout d'abord, s'agissant de la preuve des éléments de fait, l'égal accès aux tribunaux n'apparaît pas entravé par de telles divergences. La preuve, plus particulièrement la façon d'obtenir et d'administrer la preuve, n'influe aucunement sur la recevabilité et l'étude des demandes. Tout au plus sera-t-elle facilitée dans certains États. Par ailleurs, une règle matérielle négative est déjà posée pour encadrer le droit des États membres. Ainsi, suivant l'arrêt *San Giorgio*¹⁸⁸², les règles de preuve ne doivent pas rendre « *impossible ou pratiquement impossible* » la preuve des faits invoqués. Au-delà, la substance du procès ne semble pas fondamentalement atteinte par la façon d'administrer ces preuves. De même, le fait que tout citoyen soit soumis potentiellement à tous les droits probatoires des États membres ne porte pas atteinte à cette égalité dans la mesure où tous les citoyens sont sous la même « menace ». Ensuite, l'atteinte à la libre circulation des décisions, notamment sous l'angle du jeu de l'ordre public procédural par rapport aux techniques probatoires paraît peu probable. En effet, la mobilité des techniques probatoires qui ressort de la méthode conflictuelle conduit nécessairement à rejeter l'idée que l'utilisation de ces mêmes méthodes pourrait entraver la circulation des décisions au sein de l'espace judiciaire européen. Comment imaginer qu'une technique qui, d'une part est soumise aux mêmes exigences européennes de procès équitable, d'autre part semble pouvoir être appliquée dans tout État membre, pourrait se voir opposer l'ordre public procédural ? Enfin, aucun instrument existant de l'Union européenne ne voit son effet utile entravé par l'inexistence de règles sur ce point.

¹⁸⁸⁰ JEULAND (E.), « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105, spéc. p.115

¹⁸⁸¹ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, B

¹⁸⁸² CJCE, Affaire 199/82, 9 novembre 1983, *Administration des finanças de l'État italien contre SpA San Giorgio*, Recueil 1983 page 03595, Conclusions Mancini.

En l'état actuel des besoins, nous excluons donc le rapprochement des législations relatives à la preuve, tout du moins dans son volet d'administration judiciaire.

D. Les pouvoirs du juge

454. Les moyens soulevés d'office par le juge. Le problème dégagé sur l'office du juge dans la détermination de la règle applicable se retrouve de façon plus générale dans l'office du juge par rapport aux moyens de droit substantiels¹⁸⁸³. Les arguments et éléments précédemment évoqués¹⁸⁸⁴ se retrouvent évidemment ici, à l'exception notable du problème de l'effet utile des règlements. Le besoin d'imposer à tous les juges européens de soulever d'office tous les moyens – tirés du droit européen, ou non – dans les litiges transfrontières semble donc se faire moins pressant. Surtout, il impliquerait peut-être une ingérence trop importante dans la définition du système des États membres, et dans la répartition du rôle que doivent jouer le juge et les parties. Ce serait faire une application sans nuance de la doctrine de Motulsky alors que nous avons vu que tel n'est pas le cas, y compris en droit interne. Tout en conservant une faculté pour le juge, une règle matérielle européenne ne nous paraît donc pas justifiée.

455. Les moyens nouveaux devant les juridictions suprêmes. Une autre question se pose concernant les moyens nouveaux avancés devant les juridictions suprêmes. En droit français, les articles 619¹⁸⁸⁵ et 620¹⁸⁸⁶ du Code de procédure civile permettent aux parties de présenter au juge de cassation un nouveau moyen (européen ou non) seulement si celui-ci est de pur droit¹⁸⁸⁷. Les juges du Quai de l'Horloge ont également la possibilité de soulever d'office ce même moyen. Ces règles tiennent à l'organisation judiciaire qui définit les attributions de chacune des juridictions. Les limites imposées sont en effet dues au fait que la Cour de cassation n'est que le juge de droit. Dès lors, on peut douter de la possibilité pour l'Union européenne d'édicter une règle matérielle en la matière.

¹⁸⁸³ Sur les divergences, voir DELICOSTOPOULOS (Y. S.), « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et sur le droit », *Justices*, 1997, n°6, p.117, spéc. p.124

¹⁸⁸⁴ Cf. *supra*, B., 2.

¹⁸⁸⁵ « Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

1° Les moyens de pur droit ;

2° Les moyens nés de la décision attaquée. »

¹⁸⁸⁶ « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné, mais surabondant.

Elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit. »

¹⁸⁸⁷ Sur ce problème, voir DELICOSTOPOULOS (I.), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Préface de S. Guinchard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003, spéc. n°306, p.251

456. Les mesures provisoires et conservatoires¹⁸⁸⁸. À titre liminaire, il convient encore une fois de bien délimiter ce que nous entendons évoquer ici. Deux types de contentieux doivent, en effet, être exclus : d'une part le contentieux spécifique du provisoire et du conservatoire, d'autre part le contentieux relatif à la preuve. Le premier sort du cadre de notre étude tel que nous l'avons défini, celui-ci étant limité au contentieux principal¹⁸⁸⁹. Le second ne nous semble pas appeler d'autres considérations que ce qui a déjà été évoqué à propos de la preuve des éléments de fait¹⁸⁹⁰. Ne restent donc que « *les mesures provisoires incidentes à une instance principale* »¹⁸⁹¹, et qui n'ont pas pour objectif de prouver un élément de fait. Les divergences sont évidentes d'un État à l'autre, et l'idée d'une réflexion européenne est récurrente¹⁸⁹². Par ailleurs, l'accès à la justice implique un accès à une protection provisoire¹⁸⁹³ qui sécurise l'exécution des décisions définitives. Certes, par suite, l'égal accès à la justice prônée dans l'espace judiciaire européen, implique un égal accès à la protection provisoire. Mais, à se limiter aux mesures accordées à titre incident, il nous semble que l'accès à la justice, ou la libre circulation des décisions dans l'espace judiciaire européen ne seraient pas entravés par un défaut d'harmonisation très approfondie. En effet, leur caractère, par définition, temporaire nous invite à penser que les modalités précises d'une protection de ce type accordée à titre incident importent peu. Alors que les référés – cadre de la protection provisoire accordée à titre principal – « *assurent fréquemment une solution du*

¹⁸⁸⁸ La qualification procédurale des mesures provisoires et conservatoires a rarement été mise en doute, et l'évocation de l'hypothèse d'une qualification substantielle a très vite été écartée au profit d'une prise en considération de la loi étrangère. Voir NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°716, p.492 et *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, §1.

¹⁸⁸⁹ Cf. *supra*, Introduction

¹⁸⁹⁰ Cf. *supra*, C. Le contentieux des mesures provisoires et conservatoires relatives à la preuve est, au surplus, souvent lié au contentieux spécifique, à l'image des mesures *in futurum* du droit français. Dans le contentieux principal, ces mesures ressortent plutôt des mesures d'instruction et de la place de juge dans le procès civil que des mesures provisoires et conservatoires.

¹⁸⁹¹ CHAINAIS (C.), *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Préface de S. Guinchard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, Volume 61, 2007, n°8, p.13

¹⁸⁹² Voir, par exemple, CADIET (L.), « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union » disponible en version PDF à l'adresse suivante :

http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf.

L'auteur estime que les mesures provisoires et conservatoires font partie des trois sujets devant faire prioritairement l'objet d'une réflexion. À ce propos, dans le cadre d'UNIDROIT, des groupes d'experts ont déjà été constitués et se rencontreront à Rome fin novembre 2014. Toutefois, sans doute est-il plutôt fait référence aux procédures spéciales de contentieux provisoire.

¹⁸⁹³ CHAINAIS (C.), *op. cit.*, n°26 à 204, pp.31 à 220 et spéc. p.220 : « *Tout système juridictionnel requiert la mise en oeuvre d'une protection juridictionnelle provisoire qui soit apte à prévenir le danger d'un éventuel déni de justice auquel se heurteraient les citoyens si une mesure, tantôt de sauvegarde, tantôt même d'anticipation, n'était pas prise en attendant l'avènement d'une décision définitive ultérieure. L'étude du droit positif révèle que le droit à la protection juridictionnelle provisoire fait son entrée à part entière dans le droit du procès contemporain. Encore la protection provisoire ne correspond-elle à un droit du citoyen que si sont avérés non seulement son caractère justifié prima facie, mais aussi et surtout l'existence d'un periculum in mora.* »

*litige provisoire en droit, mais définitive en fait*¹⁸⁹⁴, les mesures octroyées à titre incident s'inscrivent dans un litige principal qui permettra d'aboutir à une solution définitive. Le caractère temporaire se trouve dès lors préservé¹⁸⁹⁵. Au demeurant, il a été noté qu'une telle unification « *serait illusoire* »¹⁸⁹⁶.

De ce fait, les articles 10.1 et suivants du projet Storme se contentent, et nous pensons que cela s'avère suffisant, de poser quelques grands principes. Certaines de ces dispositions ont trait à la protection juridictionnelle à titre principal, et sont donc écartées de notre propos. D'autres trouvent à s'appliquer au contentieux du provisoire à titre incident. La règle matérielle qui pourrait, en premier lieu être posée, vise à rappeler que le juge doit avoir le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires pour sauvegarder ou anticiper la décision finale et son exécution¹⁸⁹⁷. Si de tels risques ne sont pas liés au contentieux international en lui-même, cette harmonisation *a minima* pourrait permettre de faciliter l'exécution des mesures provisoires transfrontières. En ce sens, certaines limites dans les conditions d'octroi de la mesure sont posées par le projet : l'apparence et le péril. Là encore, dans une optique de confiance mutuelle, une telle limitation permettrait de s'assurer que la mesure octroyée était nécessaire. De même, elles prennent en compte le fait qu'elles puissent produire des « *conséquences très graves en immobilisant le patrimoine du défendeur, au risque de provoquer son insolvabilité* »¹⁸⁹⁸. Le caractère temporaire de la mesure et son absence d'incidence sur le fond sont également rappelés, mais ne ressortent-ils pas de la définition même des pouvoirs conférés au juge dans ce cadre ? Ces quelques éléments minimalistes – mais encore une fois, le cadre de notre étude va en ce sens – permettraient certainement que tous les justiciables aient un accès égal à la protection provisoire à titre incident, sans toutefois renier le caractère temporaire et conditionné de ces mesures. Ces

¹⁸⁹⁴ STORME (M.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.105

¹⁸⁹⁵ Peut-être devrait-il tout de même être rappelé pour éviter les mesures provisoires et conservatoires qui s'éternisent au-delà de l'instance principale. Madame le Professeur Chainais relève ainsi l'exemple des mesures provisoires du divorce italien qui peuvent « *perdurer indéfiniment malgré l'extinction de l'instance* ». Voir CHAINAIS (C.), *op. cit.*, n°15, p.22.

¹⁸⁹⁶ STORME (M.), *op. cit.*, p.106

¹⁸⁹⁷ On rejoint ainsi la définition des mesures provisoires et conservatoires posée par la CJCE dans l'arrêt *Reichert II* dans le cadre de la Convention de Bruxelles de 1968 (Affaire C261/90, 26 mars 1992, Recueil 1992 page I-02149, Conclusions Gulmann) : « *34 Il y a donc lieu d'entendre par "mesures provisoires ou conservatoires" au sens de l'article 24 les mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application de la convention, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond.* »

¹⁸⁹⁸ NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°703, p.481

derniers éléments assureraient, dans le sens de la circulation de celles-ci, une certaine confiance dans celles prises par le juge étranger en écartant celles trop largement accordées.

457. L’astreinte. L’astreinte est également un élément permettant d’assurer l’exécution des décisions. Elle peut se définir comme une « *condamnation pécuniaire accessoire et éventuelle, généralement fixée à tant par jour de retard, qui s’ajoute à la condamnation principale dans le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans le délai prescrit par le juge et tend à obtenir du débiteur, par la menace d’une augmentation progressive de sa dette d’argent, l’exécution en nature d’une obligation supposant son fait personnel* »¹⁸⁹⁹. Cette question se trouve à la limite du champ de notre étude. En effet, ayant un objectif purement comminatoire, l’astreinte est principalement considérée comme relevant des procédures civiles d’exécution¹⁹⁰⁰. Or, celles-ci ont préalablement été écartées de notre propos¹⁹⁰¹. Dans la mesure où il s’agit tout de même d’un pouvoir du juge lors d’une instance, quelques brefs mots doivent être évoqués à ce sujet.

Sans douter de la qualification processuelle de l’astreinte (ou « processuelle d’exécution »), la méthode conflictuelle n’en est pas moins problématique en la matière. Se pose par exemple, la question de l’adjonction d’une astreinte à un jugement étranger. Une telle possibilité devrait être admise dans la mesure où cela n’ajoute en rien à la décision¹⁹⁰². Des questions sont également posées quant à la demande de liquidation de l’astreinte, notamment dans le cadre du règlement sur l’obtention des preuves à l’étranger¹⁹⁰³. Les règlements européens traitent peu de la question. Par exemple, le règlement Bruxelles I bis se

¹⁸⁹⁹ V^o Astreinte, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014, p.98

¹⁹⁰⁰ GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) (Dir.), *Droit et pratique des voies d’exécution*, Dalloz Action, 8^{ème} éd., 2015/2016, Livre 4, n^{os} 400.00 et s., pp.393 et s. ; LEBORGNE (A.), *Voies d’exécution*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2009, nos 716 et s., pp.288 et s.

¹⁹⁰¹ Cf. *supra*, Introduction.

¹⁹⁰² En ce sens, voir NIBOYET (M.-L.), « Les règles de procédure : l’acquis et les propositions – Les interactions entre les règles nationales de procédure et les “règles judiciaires européennes” », *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.281, spéc. n^o34, p.289

¹⁹⁰³ Sur cette problématique, voir NIBOYET (M.-L.), « La globalisation du procès civil international dans l’espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p.937, spéc. n^o14 pp.942-943 : le juge français pourrait ajouter à l’injonction une astreinte, mais pour la liquider, il faut une demande en justice des parties. Or, dans le cadre du règlement, le juge saisi par les parties ne sera pas le juge français qui opère la mesure, mais le juge européen devant lequel le litige est pendu. Sera-t-il dès lors possible de former une demande de liquidation devant le juge français ?

contente, comme le faisait son prédécesseur, s'agissant de la circulation de l'astreinte, de poser la condition d'une astreinte liquidée¹⁹⁰⁴.

Ces difficultés ressortent du fait que les « *droits procéduraux nationaux sont assez divergents sur la possibilité d'adjoindre ou non une astreinte au prononcé d'un jugement pour en favoriser l'exécution* »¹⁹⁰⁵. Si Madame le Professeur Niboyet relève qu'une certaine adaptation des législations nationales permet de pallier quelques difficultés, il n'en demeure pas moins que pour l'auteur, il « *faut envisager la création de nouvelles normes* »¹⁹⁰⁶. Sans rentrer trop loin dans la réflexion, qui encore une fois est à la marge du cadre de notre étude, on peut noter que l'astreinte a pour but de rendre plus efficace l'exécution des décisions de justice. De plus, elle participe à la tenue des procès dans un délai raisonnable¹⁹⁰⁷. Or, le droit d'accès à un tribunal, composante de l'espace judiciaire européen, comporte également le droit à l'exécution de la décision¹⁹⁰⁸. L'égal accès à la justice implique donc une égale exécution des décisions. L'absence d'équivalence entre les États membres sur l'accès à ce moyen comminatoire pourrait donc facilement être analysée comme contraire à l'égalité d'accès à la justice. Un rapprochement des législations matérielles sur ce point ne serait dès lors pas dénué d'intérêt¹⁹⁰⁹. Quant au sens de celle-ci, l'analyse devrait évidemment être approfondie, mais il nous semble que la volonté de faciliter le recouvrement des créances et l'exécution des décisions irait dans le sens de la création d'une astreinte européenne. Monsieur Payan s'est interrogé sur une telle proposition de rapprochement et ses modalités¹⁹¹⁰. L'auteur argue en faveur d'une définition commune de l'astreinte, à savoir « *une pression financière sur le débiteur pour qu'il exécute la décision de justice – exécutoire – prononcée à son encontre* »¹⁹¹¹. Celle-ci devrait nécessairement être prononcée, à titre accessoire, par un juge, et non par toute autorité. Cette dernière pourrait retrouver compétence, sans pour autant l'imposer, s'agissant de la liquidation afin de simplifier la

¹⁹⁰⁴ Article 55 : « *Les décisions rendues dans un État membre condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'État membre requis que si le montant en a été définitivement fixé par la juridiction d'origine.* »

¹⁹⁰⁵ NIBOYET (M.-L.), « Les règles de procédure : l'acquis et les propositions – Les interactions entre les règles nationales de procédure et les “règles judiciaires européennes” », *op. cit.*, n°32, p.289. Dans le même sens, voir PAYAN (G.), « Les astreintes dans le règlement Bruxelles I bis : permanence et perspectives », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d'E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.249, spéc. p.250.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, n°35, p.289

¹⁹⁰⁷ En ce sens, voir CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n°538, p.423.

¹⁹⁰⁸ CEDH, Requête 18357/91, *Hornsby contre Grèce*, 19 mars 1997, §40

¹⁹⁰⁹ En ce sens, voir PAYAN (G.), « Les astreintes dans le règlement Bruxelles I bis : permanence et perspectives », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d'E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.249, spéc. p.272

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, spéc. pp.274 et s.

¹⁹¹¹ *Ibid.*

procédure et donc d'en augmenter l'efficacité. Pour garantir l'efficacité de toute décision, il conviendrait alors, à l'instar du droit français, de permettre au juge d'assortir sa condamnation d'une astreinte quel que soit le type d'obligation en cause. Enfin, pour contrer les critiques dont font l'objet les législations dans lesquelles le produit de l'astreinte revient au créancier, comme la France, l'auteur préconise qu'il soit versé à l'État membre d'origine. Une telle proposition va, par ailleurs, dans le sens d'un détachement plus grand de l'astreinte par rapport au fond du litige. Elle s'accommode donc mieux de la qualification processuelle. Quelles que soient la voie à suivre et la viabilité des propositions faites par Monsieur Payan, cette réflexion sommaire démontre surtout que la question d'un rapprochement des législations matérielles dans le domaine des voies d'exécution se fait également ressentir¹⁹¹². La réflexion ne saurait s'arrêter aux frontières de la procédure civile.

458. Conclusion de la section. Il apparaît au terme de cette section que, si la voie vers un rapprochement des législations matérielles procédurales est déjà empruntée par l'Union européenne pour édifier l'espace judiciaire européen, le chemin reste encore long. Nombreuses sont les questions qu'il reste à préciser pour parvenir réellement à un égal accès des justiciables aux tribunaux et à la libre circulation des décisions. Ainsi, et pour ne reprendre que quelques exemples, action de groupe, régime de la détermination de la loi applicable ou encore abus de droit sont autant de questions qui nécessitent que soit menée une réflexion européenne pour lesquelles nous avons tenté d'esquisser quelques propositions.

¹⁹¹² Dans ce sens, voir le règlement (UE) n°655/2014 du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, JOUE L189 du 27 juin 2014.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

459. Forme. Sans doute sous la forme réglementaire, la recherche de la cohérence souhaitée au terme des développements sur l'efficacité des règles existantes nous semble devoir passer par une codification de la matière à l'échelle européenne. Elle sera l'occasion de supprimer les éventuelles règles contradictoires ou qui se superposent inutilement. La procédure en elle-même pourra, sans difficulté aucune, être insérée dans une codification de plus grande envergure relative au droit international privé européen dans sa globalité. Quoiqu'il en soit, cette recherche de cohérence est une étape indispensable afin de parvenir à l'objectif de création d'un espace judiciaire européen. Lors de cette étape, pourront être ajoutées – en plus de précisions sur le traitement conflictuel – les règles matérielles qui font aujourd'hui défaut.

460. Fond. À ce propos, l'ensemble de la procédure nous semble touché par des lacunes qu'il conviendrait de pallier. La fixation du régime des exceptions de procédure, l'instauration d'une action préventive, d'une action de groupe européenne, les précisions sur l'autorité de la chose jugée ou la définition européenne du droit d'agir sont autant de questions qui nous paraissent nécessiter une réflexion européenne. Il en va de même concernant les règles relatives à la détermination de la loi applicable ou sur quelques règles relatives à l'acte introductif d'instance. L'astreinte devrait également être au cœur d'une réelle réflexion sur un éventuel rapprochement invitant à s'interroger, à l'avenir, sur les procédures civiles d'exécution. En revanche, l'incertitude se fait beaucoup plus ressentir quant au besoin de rapprochement des législations relatives à la preuve.

CONCLUSION DU TITRE 2

461. Des acquis... L'espace judiciaire européen n'est pas un nouveau-né. La méthode du droit international privé des règles matérielles a déjà été mise en œuvre. Aussi existe-t-il déjà de nombreuses règles matérielles de procédure harmonisées. Qu'il s'agisse de règles régissant la coopération entre les juges, de législations ponctuelles comme le titre exécutoire, la médiation, ou encore les conflits de procédures, ou de procédures spécifiques majoritairement harmonisées, leur insertion dans un système tel que celui de l'Union européenne permet de garantir une certaine efficacité nécessaire au niveau international. L'interprétation uniforme réalisée par la Cour de justice de l'Union européenne en est le fer de lance. Toutefois, cette efficacité pourrait se trouver renforcée par une mise en cohérence des instruments existants.

462. ... et des besoins. Celle-ci semble devoir passer par une codification de la matière qui permettrait d'éradiquer les doublons et autres incohérences du système actuellement en place. Elle permettrait en outre d'insérer de nouvelles règles dont le défaut actuel se fait – ou se fera dans un avenir proche – ressentir dans la réalisation de l'objectif d'édification d'un espace judiciaire européen. Ainsi, l'égal accès à la justice, particulièrement dans les litiges transfrontières, et la libre circulation des décisions ne pourront être achevés qu'avec la création de nouvelles règles matérielles européennes de procédure. Par exemple, devrait être précisé le fait que les exceptions de procédure doivent être soulevées *in limine litis* par les parties, de même que l'étendue de l'autorité de la chose jugée ou la définition de l'abus du droit d'agir. L'obligation pour le juge de mettre dans le débat la règle de conflit de lois harmonisée nous semble également devoir être posée. Toutefois, d'autres questions ne paraissent pas nécessiter de rapprochement, au moins dans l'immédiat, le traitement conflictuel nous semblant alors suffisant. La complémentarité des deux méthodes et surtout la subsidiarité nécessaire de la méthode conflictuelle est ici clairement illustrée.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

463. Possibilité de l'action. L'article 81 TFUE est le fondement qui permet à l'Union européenne d'agir en droit international privé. Plus précisément, le §2, en son *littera f*, permet – sous réserve du principe de proportionnalité – une action en matière procédurale dans le cadre des litiges comportant un élément d'extranéité sous la forme de la méthode des règles matérielles. L'objectif sous-tendant cette disposition est la création d'un espace judiciaire européen que nous avons défini comme l'aire géographique – s'étendant sur tous les États membres de l'Union européenne et, surtout, à ses citoyens ou domiciliés – au sein de laquelle l'objectif est d'assurer, à tous les justiciables, l'égal accès aux tribunaux, et dans le cadre de laquelle sont adoptés des outils permettant de favoriser la libre circulation des décisions de justice. Une action matérielle en matière procédurale, de source européenne, est donc à la fois légale et légitime, l'opportunité se justifiant par le développement de la confiance mutuelle et les besoins du marché commun.

464. Sens de l'action. Afin d'y parvenir, l'Union européenne a déjà opté pour quelques règles matérielles. Qu'elles permettent une meilleure coopération – le règlement sur l'obtention des preuves à l'étranger, signification et notification des actes à l'étranger –, qu'elles rapprochent des aspects particuliers de la procédure – la médiation, le titre exécutoire, l'action en cessation, l'office du juge dans la compétence et la gestion du conflit de procédures –, ou qu'elles créent une procédure spécifique en grande partie uniformisée – l'injonction de payer européenne et le règlement européen des petits litiges –, le rapprochement des législations procédurales des États membres est en marche. En l'état actuel de l'action européenne, un déficit de cohérence se fait toutefois ressentir, ce qui pourrait être réglé par une entreprise de codification. Au sein de celle-ci devraient être ajoutées des règles qui nous semblent manquer pour parvenir véritablement à l'espace judiciaire européen dans son volet d'accès à la justice ou de libre circulation des décisions. En ce sens, des dispositions relatives aux actions déclaratoires ou préventives, à l'action de groupe, à l'autorité de chose jugée, à la définition de l'abus du droit d'agir, à la détermination de la règle applicable par les parties, et par le juge constituent aujourd'hui des lacunes qu'il est nécessaire de combler pour atteindre l'objectif. Néanmoins, il apparaît que certaines questions n'ont pas d'intérêt à être soumises à de telles règles, et devraient rester sous l'égide de la méthode conflictuelle.

Conclusion générale

— Conclusion générale —

465. Combinaison des deux méthodes. Malgré l'évidence de la règle soumettant la procédure à la loi du juge saisi en droit international privé, il est rapidement apparu que des difficultés persistaient. La question s'est donc posée de savoir quelle méthode du droit international privé, l'Union européenne, source essentielle tant en droit international privé qu'en procédure, devait adopter. Au terme de notre réflexion, il nous apparaît que la question de la méthode que doit utiliser l'Union européenne pour traiter de la procédure en droit international privé n'appelle pas une réponse unique. En effet, il nous semble qu'aucun choix ne peut véritablement être opéré : les deux méthodes du droit international privé doivent être envisagées. La méthode conflictuelle et la méthode des règles matérielles doivent se conjuguer pour parvenir à un règlement complet des situations. Aucune d'entre elles ne paraît suffisante à elle seule, la méthode conflictuelle ne permettant pas de gommer les divergences procédurales, la méthode des règles matérielles devant être limitée à la stricte mesure du nécessaire au regard de l'objectif poursuivi – l'espace judiciaire européen – et du principe de proportionnalité.

466. Nécessité, mais insuffisance de la méthode conflictuelle. La méthode conflictuelle – méthode traditionnelle du droit international privé qui a les faveurs de l'Union européenne pour les litiges transfrontières, et sur laquelle nous nous sommes questionnée dans un premier temps – posait question sur son efficacité dès que l'on s'interrogeait sur la formulation même d'une règle de conflit. Et le doute était fondé. En effet, alors que les instances européennes mettent régulièrement l'accent sur les difficultés en matière procédurale dans les litiges transfrontières, force est de constater que la règle – ou même le principe – soumettant la procédure à la loi du for ne permettrait pas d'y remédier, du fait de son universalité tant temporelle que spatiale. La nature de règle de conflit de lois du principe permet certes quelques aménagements et dérogations à l'image d'une prise en considération de la loi étrangère, et d'une possible soumission à la loi d'autonomie. Mais le principe historique nous semble devoir être conservé dans la mesure où il est justifié. Les fondements ont évolué, c'est indéniable. La souveraineté, ou la commodité ne nous semblent ainsi plus pouvoir valablement perdurer comme raisons d'être de la règle *lex fori regit procesum* au profit d'une vision reposant principalement sur la proximité. Ce fondement pourra alors être

mis en œuvre à travers le critère de la neutralité : la question en cause a-t-elle une incidence directe sur le fond du litige ? La vocation subsidiaire trouvera également à s'appliquer à titre de correctif. Ainsi, la formulation européenne d'un tel principe n'est pas rejetée, mais cela ne permettrait donc pas, à l'évidence, d'endiguer les obstacles que les instances européennes ont décidé de combattre.

Nous nous sommes dès lors interrogée sur la mise en œuvre de cette règle et son encadrement. Les premiers écueils ont alors pu apparaître. Les difficultés de délimitation de la catégorie « procédure », que ce soit par rapport au fond du droit ou à la compétence, conduisent à des difficultés d'application des réglementations européennes dont le domaine apparaît de ce fait délicat à circonscrire. L'Union européenne a déjà œuvré en ce sens. Non pas en apportant une définition de la catégorie qui a fait l'objet de notre étude, elle est la plupart du temps exclue des législations régionales portant sur la méthode conflictuelle, mais en délimitant le domaine de la *lex causae* faisant l'objet de la réglementation. Ainsi, prescription, preuves ou encore réparation ont clairement fait l'objet d'une qualification substantielle ou mixte dans la législation régionale ne laissant pas ou peu de place à la loi procédurale. Toutefois, l'œuvre européenne doit encore être précisée. C'est un premier pas dans l'action de l'Union européenne. La *lex causae* devrait ainsi, selon nous, également trouver à s'appliquer aux intérêts moratoires, à la qualité à agir ou aux règles procédurales spéciales de certaines matières particulières comme le divorce. Elle doit également avoir une certaine influence, sans doute par une prise en considération, sur la question de l'intérêt à agir, principalement par rapport à la question de la légitimité. Mais sur cette question de l'intérêt, notamment la problématique de l'intérêt né et actuel et celle de l'action de groupe – que ce soit dans les rapports avec le fond du droit ou avec la compétence – les limites de la méthode conflictuelle se font ressentir. En effet, si elle reste nécessaire et ne doit pas être oubliée par l'Union, cette méthode apparaît insuffisante pour parvenir aux objectifs qu'elle s'est fixés. Une lecture superficielle des politiques européennes met ainsi en avant l'usage de la méthode des règles matérielles vers laquelle nous nous sommes tournée dans un second temps.

467. Nécessité, mais insuffisance de la méthode des règles matérielles. Si l'Union européenne semblait s'orienter vers cette méthode, encore fallait-il démontrer sa vocation à agir. Elle impliquait d'une part de déterminer si elle pouvait légalement agir, d'autre part s'il était légitime qu'elle agisse sous cette forme. L'article 81 §2 f) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans sa rédaction issue du traité de Lisbonne, rend incontestablement cette action légale, même sous la forme de règles ayant vocation à s'appliquer à tous les

litiges transfrontières intra-européens ou non. L'autonomie procédurale ne nous semble pas l'entraver dans la mesure où elle ne s'applique, depuis sa création, que si aucune règle européenne n'existe. Elle n'a toutefois pas disparu, et rejoint finalement l'idée de nécessité de recourir à la méthode conflictuelle en complément, puisque le principe de proportionnalité ne permet à l'Union européenne que de recourir à des règles matérielles strictement nécessaires. Or l'objectif poursuivi n'implique pas une unification totale de la procédure civile transfrontière. Nous l'avons identifié comme la construction de l'espace judiciaire européen qui a pu être défini comme l'aire géographique – s'étendant sur tous les États membres de l'Union européenne et, surtout, à ses citoyens ou domiciliés – au sein de laquelle l'objectif est d'assurer, à tous les justiciables, l'égal accès aux tribunaux, et dans le cadre de laquelle sont adoptés des outils permettant de favoriser la libre circulation des décisions de justice. Par suite, il est apparu que pour y parvenir – notamment pour instaurer une confiance mutuelle suffisante et pour proposer une libre concurrence saine – un rapprochement matériel de certaines règles procédurales était inéluctable. Plus encore, il a été vu qu'atteindre les objectifs fixés impliquait que l'Union européenne soit la source de ces règles, et qu'il était tout à fait opportun, dans la même optique qu'elle adopte des règles matérielles de procédure destinées à s'appliquer dans les relations avec les États tiers, se conformant ainsi au principe de subsidiarité. La vocation de l'Union européenne à agir sous la forme de la méthode des règles matérielles était dès lors établie, bien que ses limites, et donc son insuffisance aient dû être relevées, au profit de la méthode conflictuelle.

Par conséquent, il est apparu nécessaire de dresser le domaine de la réglementation matérielle pertinente pour parvenir aux objectifs afin de déterminer le domaine respectif des deux méthodes. La méthode conflictuelle viendra compléter la méthode des règles matérielles pour les questions sur lesquelles un rapprochement matériel n'apparaissait pas utile. Une analyse du droit positif a permis d'établir dans un premier temps que certaines règles matérielles de procédure étaient déjà posées. Que ce soient des règles de forme (sur l'obtention des preuves à l'étranger ou la signification), des règles de fond (dans le cadre du titre exécutoire européen, de la médiation, de l'action collective, de l'office du juge quant à son incompétence ou de gestion des conflits de procédure), ou des règles créant une procédure semi-uniforme (injonction de payer et règlement des petits litiges), un rapprochement a déjà eu lieu. L'insertion de ces réglementations dans une structure telle que l'Union européenne apporte des garanties d'efficacité bien supérieures au droit conventionnel, principalement par la présence de la Cour de justice qui offre une harmonisation des interprétations et donc des

applications. Néanmoins, ces règles manquent de cohérence du fait, notamment, de la multiplication des règles portant sur une même question. Partant, une première action devrait être menée pour endiguer ces problèmes. Celle-ci passe, selon nous, par une œuvre codificatrice d'ampleur du droit international privé européen – probablement sous la forme d'un règlement – au sein de laquelle la procédure trouverait sa place. Outre la mise en cohérence des règles existantes, de nouvelles législations matérielles pourraient se faire jour. Le régime des exceptions de procédure consistant dans l'obligation de les soulever *in limine litis* en est un premier exemple. L'ouverture claire des actions conservatoires ou préventives, mais de façon sécurisée, ou la création d'une action de groupe européenne en sont d'autres, de même qu'une définition de l'autorité de chose jugée n'obligeant pas à une concentration des moyens et des demandes. Concernant l'aspect international du litige, nous proposons l'admission de l'accord procédural sous réserve que celui-ci soit explicite et limité à la loi du for. De plus, l'effet utile des règlements unifiant les règles de conflit de lois nous semble imposer au juge de mettre d'office l'élément d'extranéité dans le débat. Par ailleurs, sans arriver à une réglementation très poussée, quelques principes généraux sur l'abus de droit, l'acte introductif d'instance ou quelques éléments des pouvoirs du juge pourraient être bénéfiques, notamment s'agissant de l'astreinte. Au-delà de ces quelques cas, le rapprochement matériel des législations procédurales entre États membres nous semble, en se limitant à l'objet de notre étude tel que défini en introduction, perdre de sa nécessité au regard des objectifs. La méthode conflictuelle, sous couvert de l'autonomie procédurale, reprendrait alors ses droits. La nécessaire complémentarité est ainsi démontrée, et le système apparaîtra complet.

— Bibliographie —

Dictionnaires

Black's law dictionary, West Publishing Co, 4th pocket ed., 2011

Dictionnaire juridique – Law Dictionary, Dalloz et Harrap's, 2004

Lexique des termes juridiques 2014/2015, Dalloz, 22^{ème} éd., 2014

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{ère} éd., 2003

ARNAUD (A.-J.) (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993

CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004

CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014

DEBARD (T.), LE BAUT-FERRARESE (B.) et NOURISSAT (C.), *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2007

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire Latin – Français*, Hachette, 1934

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd. « Quadrige », 2010

MONJAL (P.-Y.), *Termes juridiques européens*, Gualino, 2006

REY (A.) (Dir.), *Dictionnaire Historique de la langue française*, Édition Dictionnaire Le Robert, 4^{ème} éd., 2010

ROLAND (H.), *Lexique juridique – Expressions latines*, Litec, 5^{ème} éd., 2010

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1998

SALMON (J.) (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001

Traité, manuels et ouvrages généraux

• **Écrits en langues françaises**

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006

- ASSER (T. M. C.), *Éléments de droit international privé ou du conflit des lois*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1884, traduit par A. RIVIER
- AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7^{ème} éd., 2013
- AUDINET (E.), *Principes élémentaires du droit international privé*, Pedone-Lauriel, 1894
- BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome 1, Domat-Montchrestien, 1930
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, Tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993 ; Tome 2, LGDJ, 6^{ème} éd., 1976
- BEIGNIER (B.), BLERY (C.) et THOMAT-RAYNAUD (A.-L.) (Coll.), *Introduction au droit*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012
- BULLIER (A. J.), *La Common law*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012
- BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome I – Partie Générale, PUF, 3^{ème} éd., 2014 ; Tome II – Partie Spéciale, PUF, 3^{ème} éd., 2014
- CACHARD (O.), *Droit international privé*, Paradigme, 3^{ème} éd., 2014
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013
- CADIET (L.), JEULAND (E.) et AMRANI MEKKI (S.) (Dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011
- CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd. Mise à jour, 2013
- CANAL-FORGUES (E.) et RAMBAUD (P.), *Droit international public*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2011
- CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} éd., 2004
- CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2012
- CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996
- COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 17^{ème} éd., 2014
- CROZE (H.) et MOREL (C.), *Procédure civile*, PUF, 1^{ère} éd., 1988
- DOUCHY-LOUDOT (M.), *Procédure civile*, Lextenso Gualino, 6^{ème} éd., 2014

- DOUTRIAUX (Y.) et LEQUESNE (C.), *Le institutions de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, La documentation française, 8^{ème} éd., 2010
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), ROUX (A.), OLIVA (E.) et PHILIP (L.), *Les grands décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2013
- FAVRET (J.-M.), *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino, 6^{ème} éd., 2009
- FRICERO (N.), *Procédure civile*, Lextenso Gualino, 11^{ème} éd., 2014
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Le régime des créances et des dettes (Traité de droit civil)*, LGDJ, 2005
- GLASSON (E.), *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1908, par A. TISSIER
- GRIDEL (J.-P.), *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C. S.), DELICOSTOPOULOS (I. S.), DOUCHY-LOUDOT (M.), FERRAND (F.), LAGARDE (X.), MAGNIER (V.), RUIZ FABRI (H.), SINOPOLI (L.) et SOREL (J.-M.), *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2013
- GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) (Dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 8^{ème} éd., 2015/2016
- HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012
- ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012
- JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2014
- LAINE (A.), *Introduction au droit international privé*, Tome 1^{er}, Librairie Cotillon, 1888
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.) et LOUSSOUARN (Y.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 1970
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2011
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2013

- MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009
- MASSON (A.) et NIHOUL (P.), *Droit de l'Union européenne*, Larcier, 3^{ème} éd., 2011
- MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014
- MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 2^{ème} éd., 1949
- NGYUEN (Q. D.), DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009
- NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013
- PILLET (A.), *Principes de droit international privé*, Pédone, 1903
- POTHIER (R. J.), *Traité de procédure civile et criminelle*, SIFFREIN, Réédition, 1821
- RIDEAU (J.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2010
- RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, Larcier, 3^{ème} éd., 2005
- ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 2002
- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1951, réimprimé en 2005
- SAVIGNY (F.), *Traité de droit romain*, Tome 8, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 2^{nde} éd., 1860
- SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, Tome 1, Sirey, 1961
- SOURIOUX (J.-L.), *Introduction au droit*, PUF, 2^{ème} éd., 1990
- STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Paradigme, 1^{ère} éd., 2010
- SURVILLE (F.) et ARTHUYS (F.), *Cours élémentaire de droit international privé*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1890
- TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2012
- VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., 2014
- WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 25^{ème} éd., 2014
- WEISS (A.), *Manuel de droit international privé*, Sirey, 6^{ème} éd., 1909
- **Écrits en langues étrangères**
- BRIGGS (A.), *The conflict of Laws*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008

CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008
by J. FAWCETT and J. M. CARRUTHERS

COLLIER (J.G.), *Conflict of Laws*, Cambridge Studies in International and Comparative Law,
2nd ed., 1994

DICEY and MORRIS, *The conflict of laws*, Stevens & Sons Limited, 8th ed., 1967

EHRENZWEIG (A.), *Private international law – General Part*, Leyden – Sijthoff, 1972

GERLIS (S. M.) and LOUGHLIN (P.), *Civil procedure*, Cavendish Publishing Limited, 1st
ed., 2011

GRAVESON (R.H.), *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 7th ed., 1974

INGMAN (T.), *The English Legal Process*, Oxford University Press, 13th ed., 2011

JOLOWICZ (J. A.), *On civil procedure*, Cambridge University Press, 2000

MORRIS (J.H.C.), *The conflict of laws*, Stevens & Sons Limited, 1971

O'BRIEN (J.), *Conflict of laws*, Cavendish Publishing Limited, 2nd ed., 1999

POUND (R.), *An introduction to the philosophy of Law*, Yale University Press, 1922

SZÁSZY (I.), *International civil procedure – A comparative study*, A. W. Sijthoff-Leyden,
1967

WARD (R.) and WRAGG (A.), *Walker & Walker's English Legal system*, Oxford University
Press, 9th ed., 2005

WESTLAKE (J.), *Treatise on private international law*, Sweet and Maxwell, 3rd ed., 1890

Thèses, cours et monographies

- **Écrits en langue française**

ANCEL (B.),

- *Histoire du droit international privé*, Cours professé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) en 2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.u-paris2.fr/44834992/0/fiche_document/&RH=COURS_TD ;
- *Droit international privé comparé*, Cours professé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) en 2007-2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.u-paris2.fr/1210669510726/0/fiche_document/&RH=COURS_TD

ARNAUD (A.-J.), *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991

AUDIT (B.),

- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois) », *RCADI*, 1984, tome 186, p.219 ;
- « Le droit international privé en quête d’universalité », *RCADI*, 2003, tome 305, p.9

BARBE (E.),

- *Justice et affaires intérieures dans l’Union européenne – Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, La documentation française, 2002 ;
- *L’espace judiciaire européen*, La documentation française, 2007

BATIFFOL (H.), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, tome 139, p.75

BARTIN (E.), « La doctrine des qualifications », *RCADI*, 1930, tome 31, p.565

BAUER (M.), *Le droit public étranger devant le juge du for*, Thèse Paris II, 1977

BEAUD (O.), *La puissance de l’État*, PUF, 1994

BISCHOFF (J.-M.), *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Préface d’A. Weill, LGDJ, 1959

BLERY (C.), *L’efficacité substantielle des jugements civils*, Préface de P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 328, 2000

BLEUSE – DE PONFILLY (S.), *L’espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Paris V – René Descartes, 2000

BODENES-CONSTANTIN (A.), *La codification du droit international privé français*, Préface d’I. Fadlallah, Defrénois, 2005

BOLARD (G.), *Essai sur l’application judiciaire du droit international privé*, Thèse Dijon, 1968

BOLLÉE (S.), *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Préface de P. Mayer, Économica, 2004, p.1

BOLZE (A.), *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, Thèse Paris II, 1996

BORRAS (A.), « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d’avenir », *RCADI*, 2005, tome 317, p.313

BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, 2003

BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé – Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2009, tome 341, p.9

- CABRILLAC (R.), *Les codifications*, PUF, 2002
- CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Préface de P. Mayer, *Économica*, 2004
- CARLIER (P.), *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits*, Thèse Lille 2, 2008
- CERCRID, *La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès – Les intérêts de retard dans le procès civil*, sous la direction de P. Ancel et Ch. Bérroujon, février 1999, Université Jean Monnet, Saint-Étienne
- CHAINAIS (C.), *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Préface de S. Guinchard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 61, 2007
- CHALAS (C.), *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle*, Préface de H. Muir Watt, Tome I et II, PUAM, 2000
- COMPAIN (A.), *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Thèse Nantes, 2012
- CONSTANTINESCO (V.), JACQUE (J.-P.), KOVAR (R.) et SIMON (D.), *Traité instituant la CEE – Commentaire article par article*, *Économica*, 1992
- CORNUT (E.), *Théorie critique de la fraude à la loi – Étude de droit international privé de la famille*, Préface de H. Fulchiron, Defrénois, 2006
- CRABIT (E.), *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Thèse Bordeaux, 1987
- DEBY-GERARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Préface de B. Goldman, Dalloz, bibliothèque de droit international privé, Volume 16, 1973
- DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse Paris I, 1974
- DELICOSTOPOULOS (I.), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Préface de S. Guinchard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003
- DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 4, 2001
- ESPINASSOUS (V.), *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, Préface de P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 526, 2010
- FALLON (M.), « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne », *RCADI*, 1995, tome 253, p.9

- FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), *La prise en considération des normes étrangères*, Préface de B. Audit, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 501, 2008
- FRANCESCAKIS (P.), *La théorie du renvoi – et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958
- GAUDEMET-TALLON (H.),
- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, tome 312, p.23 ;
 - *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2010
- GONZALEZ CAMPOS (J.D.), « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *RCADI*, 1977, tome 156, p.227
- GOUËZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, Préface de P. Crocq, Économica, 2013
- GREAU (F.), *Recherche sur les intérêts moratoires*, Thèse Paris XII, 2004
- GUILLAUME (J.), *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Préface de C. Grare-Didier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 530, 2011
- HAGE-CHAHINE (F.), « La prescription extinctive en droit international privé », *RCADI*, 1995, tome 255, p.229
- HALPERIN (J.-L.), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999
- HOLLEAUX (D.), *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Préface de H. Batiffol, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, Volume 9, 1970
- HUBERT (P.) (Président du groupe d'étude), *Quels avenir pour l'Europe de la justice et de la police ?*, La documentation française, 1999
- JAYME (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit privé postmoderne. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1995, tome 251, p.9
- LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, tome 196, p.9
- LALIVE (P.), « Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général) », *RCADI*, 1977, tome 155, p.1
- LAMOUREUX (M.), *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants – Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préface de J. Mestre, PUAM, 2006
- LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 2013

- LECUYER (S.), *Appréciation critique du droit international privé conventionnel – Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Préface de M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 495, 2008
- LEWALD (H.), « La théorie du renvoi », *RCADI*, 1929, tome 29, p.515
- LOQUIN (E.), « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, tome 322, p.9
- LOUSSOUARN (Y.), « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973, tome 139, p.269
- MARMISSE (A.), *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Préface de J.-P. Marguénaud, PULIM, 2000
- MAURY (J.), « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, tome 57, p.325
- MECARELLI (G.), *L'hypothèse d'un droit commun du procès. Réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, Thèse Paris II, 2002
- MEIJERS (E.M.),
- « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge », *RCADI*, 1934, tome 49, p.547 ;
 - *Études d'histoire du droit international privé*, Éditions du CNRS, 1967
- MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 1999
- NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Préface d'Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 49, 2005
- NIBOYET (J.-P.), « Les doubles impositions au point de vue juridique », *RCADI*, 1930, tome 31, p.1
- NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préface de B. Goldman, Économica, 1986
- NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, Préface de J. Perrot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 65, 1965
- ORIF (V.), *La règle de l'unicité de l'instance*, Préface de S. Amrani-Mekki, LGDJ, Bibliothèque d'ouvrages de droit social, Tome 56, 2012
- PAMBOUKIS (C. P.), « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, 2007, tome 330, p.9
- PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Préface de P. Lagarde, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 58, 2006

- PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*, Préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 298, 1999
- PARTSCH (P.-E.), *Le droit international privé européen – De Rome à Nice*, Préface de F. Rigaux, Larcier, 2003
- PAYAN (G.), *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Préface de J. Normand, Bruylant, 2012
- PHILONENKO (M.), *La théorie du renvoi en droit comparé*, LGDJ, 1935
- RASCHEL (L.), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Préface de L. Cadiet, IRJS Éditions, Collection de l'IRJS – André Tunc, Tome 25, 2010
- RIGAUX (F.),
- *La théorie des qualifications en droit international privé*, LGDJ, 1956 ;
 - *Droit public et Droit privé dans les relations internationales*, Pedone, 1977 ;
 - *La loi des juges*, Editions Odile Jacob, 1997
- RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955
- ROCCATI (M.), *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Thèse Paris Ouest – Nanterre La Défense, 2011
- STORME (M.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994
- THERY (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (Étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1981
- USUNIER (L.), *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préface de H. Muir Watt, Economica, 2008
- VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Préface de P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 257, 1997
- VIANGALLI (F.), *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Préface de G. Légier, PUAM, 2004
- VON OVERBECK (A. E.), « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *RCADI*, 1982, tome 176, p.9
- VRELLIS (S.), « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé », *RCADI*, 2007, p.175
- WEILLER (L.), *La liberté procédurale du contractant*, Préface de J. Mestre, PUAM, 2004

- **Écrits en langues étrangères**

BELL (A.), *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford University Press, 2003

BOGDAN (M.), « Private International Law as Component of the Law of the Forum : General Course on Private International Law », *RCADI*, 2001, tome 348, p.9

CHEATHAM (E. E.), « Problems and methods in conflict of laws », *RCADI*, 1960, tome 99, p.233

GARNETT (R.), *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012

HARTLEY (T. C.), « The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transaction from a Common-Law Perspective. », *RCADI*, 2006, tome 319, p.9

JÄNTERÄ-JAREBORG (M.), « Foreign law in national courts – A comparative perspective », *RCADI*, 2003, tome 304, p.181

McLACHLAN (C.), « *Lis Pendens* in international Litigation », *RCADI*, 2008, tome 336, p.199

STORSKRUBB (E.), *Civil Procedure and EU Law – A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008

VISCHER (F.), « General course on private international law », *RCADI*, 1992, tome 232, p.9

WENGLER (W.), « The general principles of private international law », *RCADI*, 1961, tome 104, p.273

Articles, notes et communications

- **Écrits en langue française**

AGOSTINI (E.), « Renvoyer, choisir, qualifier », *D.*, 1998, p.406

ALEXANDRE (D.) et HUET (A.), « Litispendance et connexité dans les relations entre un État membre de l'Union européenne et un État tiers », *D.*, 2013, p.1499

AMRANI-MEKKI (S.),

- « Action en justice et procédure civile », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.57 ;

- « Internationalité de l'instance », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.141 ;
- « Action de groupe, mode d'emploi », *Procédures*, n°12, Décembre 2014, étude 16

ANCEL (B.),

- « L'objet de la qualification », *JDI*, 1980, p.227 ;
- « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP*, 1986-1988, p.25 ;
- note *RCDIP*, 1994, p.533 ;
- « Le transfert international des informations nécessaires à l'administration du droit privé », in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.1 ; note *RCDIP*, 1997, p.702 ;
- « La qualification », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998

ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.), « A propos de deux arrêts “de concert” : l'office du juge et la loi étrangère », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)* sous la direction de J. FOYER et C. PUIGELIER, Économica, 2006, p.399

ANCEL (M.), « La fonction judiciaire et le droit comparé », *RIDC*, 1949, p.57

ANCEL (P.), « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Économica, 2001, p.6

ARHEL (P.), « Volet “concurrence” du projet de loi “consommation” », *PA*, 2013, n°135, p.4

ASTRUC (M.) et BILY (L.), « La médiation auprès des usagers-clients : l'exemple de GDF-SUEZ », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2013, n°358, p.42

ATIAS (C.), « Présence de la tradition juridique », *R.R.J.*, 1997, p.387

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Protection des consommateurs dans les litiges de consommation », *RTDE*, 2013, p.575

AUBRY (J.), « De la notion de territorialité en droit international privé », *JDI*, 1900, p.689 et 1901, p.255

AUBY (J.-B.) et FREEDLAND (M.), « Introduction générale », in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques – The Public Law / Private Law divide : une entente assez cordiale ?* sous la direction de J.-B. AUBY et M. FREEDLAND, Ed. Panthéon Assas, 2004, p.9

AUDIT (B.),

- « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *TCFDIP*, Journée du cinquantenaire, 1985, p.59 ;

- « Qualification et droit international privé », *Droits – revue française de théorie juridique*, 1993, n°18, p.55 ;
- note *D. Som.*, 1994, p.355 ;
- note *JDI*, 1997, p.813 ;
- note *RCDIP*, 1999, p.281

AUDIT (M.),

- « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, p.789 ;
- « La loi applicable à l'autorité de la chose jugée », *Procédures*, Août 2007, n°8, p.23 ;
- « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification de l'espace judiciaire européen », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* sous la direction de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruylant, 2009, p.253

AUDIT (M.) et NIBOYET (M.-L.), « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une *class action* diligentée aux États-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2010, n°149, p.11

AZAR-BAUD (M. J.),

- « Les actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs – A propos de la directive 2009/22/CE », *REDC*, 2010, p.199 ;
- « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.*, 2013, p.1487

AZZI (T.),

- « L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.649 ;
- « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.*, 2009, p.1621 ;
- « La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.43

BADINTER (R.), « L'Europe judiciaire », *D.*, 2007, p.208

BALLARINO (T.) et PAOLO ROMANO (G.), « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.37

BARATTA (R.), « Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.3

- BARBE (E.) et RENAUDINEAU (G.), « L'espace de liberté, de sécurité et de justice », Notice 6, in *L'Union européenne – Les notices (Édition Traité de Lisbonne)* sous la direction de Jacques Ziller, La documentation française, 2008, p.63
- BARIATTI (S.) et PATAUT (E.), « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.337
- BARRIÈRE BROUSSE (I.), « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI*, 2010, p.3
- BARROT (J.), « Le programme de Stockholm 2010-2014 : en marche vers une communauté de citoyens européens conscients de leurs droits et de leurs devoirs », *RDUE*, 2009, p.627
- BARTIN (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p.231 ; note *D.*, 1899, p.329
- BASEDOW (J.), « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, p.275
- BATIFFOL (H.),
- note *RCDIP*, 1957, p.680 ;
 - « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit (Le droit international privé et le caractère systématique du droit) », *RIDC*, 1970, p.661 ;
 - « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit », in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie philosophique J. Vrin, 1973, p.307
- BAUDE-TEXIDOR (C.), note *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n°148, p.2
- BAUER (H.), « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *RCDIP*, 1966, p.537
- BENOIT-ROHMER (F.), « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *PA*, 25 octobre 1996, n°129, p.23
- BERAUDO (J.-P.),
- « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI*, 2001, p.1033 ;
 - « Commission rogatoire (Matière civile) », *Rép. International Dalloz*, 2005
- BERAUDO (J.-P.) et BERAUDO (M.-J.), « Injonction de payer européenne et procédure européenne de règlement des petits litiges », *J-Cl. International*, Fasc. 660

BERGE (J.-S.),

- « Principe communautaire d'autonomie procédurale et droit national des contrats », *Revue des contrats*, 2003, n°1, p.71 ;
- « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois » in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.206 ;
- « Le droit d'une "communauté de lois" : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.113

BERGE (J.-S.) et SINOPOLI (L.), « La distinction fond/procédure sous le double éclairage du droit communautaire et du droit des États membres », *PA*, 24 août 2004, n°169

BERMOND (J. C.), L'introduction en droit français de la concurrence des actions de groupe : le débat est-il franco-français ou franco-européen ? », *RDAI*, 2007, p.41

BERNHEIM-DESVAUX (S.), « Litiges de consommation – Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne », *JCP E*, 4 juillet 2013, 1402

BESLIER (S.) et LAVAGGI (P.), « Les procédures de codification et de refonte en droit communautaire : une contribution à l'effort de simplification de l'environnement réglementaire », *RDUE*, 2006, p.313

BIAVATI (P.), « L'avenir du droit judiciaire privé d'origine européen – De l'harmonisation des règles à l'harmonisation des effets », *RTDE*, 2010, p.563

BISCHOFF (J.-M.), « Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988 », *TCFDIP*, 1990-1991, p.19

BLERY (C.), « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice », *JCP G*, 2 novembre 2009, 401

BLERY (C.) et RASCHEL (L.), « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », in *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ?*, *Procédures*, Mars 2012, n°4, p.12

BLESSIG (E.), Rapport à l'Assemblée Nationale n°847 sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile

BODARD-HERMANT (A.), « Obtention des preuves à l'étranger », *RGDIP*, 2013, p.443

BOLLÉE (S.), note *JDI*, 2008, p.537

BOLLÉE (S.) et D'AVOUT (L), « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *D.*, 2007, p.1115

BOLZE (A.), « L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste », *D.*, 2001, p.1818

BONNICHON (A.), « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP*, 1949, p.615 et 1950, p.11

BORE (L.),

- « Pour l'introduction d'une action de groupe dans le nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)* sous la direction de J. FOYER et C. PUIGELIER, Économica, 2006, p.131 ;
- « Action collective et protection de l'environnement », in *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions* sous la direction d'O. BOSKOVIC, Dalloz, 2010, p.47

BOSKOVIC (O.),

- « Le domaine de la loi applicable », in *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* sous la direction de S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec, 2008, p.183 ;
- « Retour sur la loi applicable aux intérêts moratoires – à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge le 23 avril 2007 », *ERPL*, 1-2010, p.177

BOTELLA (A.-S.), « La responsabilité du juge national », *RTDE*, 2004, p.283

BOUCHE (N.), « Preuve de la loi étrangère et loi applicable à la preuve », *D.*, 2005, p.2853

BOILLOT (C.), « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD Com.*, 2013, p.1

BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, Tome I, 1950, p.51

BOULARBAH (H.), « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.167

BOYTHA (D.), « La libre circulation des jugements dans l'espace judiciaire européen », *RDUE*, 2006, p.619

BRÖMMELMEYER (C.), JEULAND (E.) et SERAFIMOVA (M.), « Directive Private enforcement : l'Union européenne dépasse-t-elle les bornes ? », *JCP G*, n°12, 23 mars 2015, Doctr. 343

BRULLIARD (G.), « Convention européenne relative à l'information sur les droits étrangers », *RIDC*, 1973, p.389

BRUNEAU (C.),

- « Le traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile », *JCP G*, 2000, I, 266 ;
- « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale », *JCP G.*, n°11, 2001, I, 304

BUREAU (D.),

- note *JDI*, 1991, p.371 ;
- « L'accord procédural à l'épreuve », *RCDIP*, 1996, p.587 ;
- « La codification du droit international privé », in *La codification* sous la direction de B. BEIGNIER, Dalloz, 1996, p.119 ;
- « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – LGDJ, 1999, p.285

BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Le juge des référés au regard des principes procéduraux », *D.*, 1995, p.67 ;
- « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p.253

BUSSEUIL (G.), « L'action en réparation du dommage du fait d'un produit défectueux : le difficile équilibre entre harmonisation totale et autonomie procédurale des États membres », *Europe*, Avril 2010, p.6

CADET (F.), « La gestion de l'internationalité par les méthodes communautaires : vers un droit international privé unifié dans l'Union européenne ? », *PA*, 6 août 2004, n°157, p.3

CADIET (L.),

- « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éd. Frison-Roche, 1999, p.23 ;
- « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXIe siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p.177 ;
- « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Économica, 2001, p.34 ;
- « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité », in *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, Tome 45, Dalloz, 2001, p.89 ;
- « Quelles preuves ? *Discovery*, témoins, experts, rôle respectif des parties et du juge », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.115 ;
- « Les sources internationales de la procédure civile française », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.209 ;

- « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.65 ;
- « La qualité de la norme juridictionnelle », in *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, p.233 ;
- « Pour une “Théorie générale du procès” », *Ritsumeikan Law Review*, 2011, p.127 ;
- « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, 2011, p.147 ;
- « Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », *J-CI Contrats – Distribution*, Fasc. 190

CANIVET (G.),

- « Allocution de bienvenue », in *Les principes communs d'une justice des États de l'Union Européenne*, La documentation française, 2001, p.13 ;
- « La construction de l'espace judiciaire européen » conférence à l'École nationale des greffes du 3 octobre 2006, disponible sur le site de la Cour de cassation http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/03-10-06_canivet_eng.pdf ;
- « De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, sous la direction de J. FOYER et C. PUIGELIER, Économica, 2006, p.XXIII

CANIVET (G.) et HUGLO (J.-G.), « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, 1996, p.1

CARRIAT (J.), « Le règlement (CE) n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : récents développements jurisprudentiels », *L'observateur de Bruxelles*, Juin 2006, n°65, p.30

CARRIER (R.), « Convention de Bruxelles : le devoir de confiance », *D.*, 2004, p.1919

CAUDAL (S.), « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, sous la direction de S. CAUDAL, Économica, 2008, p.1

CAYLA (O.), « Ouverture : la qualification, ou la vérité du droit », *Droits – revue française de théorie juridique*, 1993, n°18, p.3

CAYROL (N.), « Action en justice », *Rép. Procédure Civile Dalloz*, 2007

CAZET (S.), « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe*, Juillet 2009, p.4

CHABOT (G.), « Intérêts moratoires dus sur la condamnation prononcée par une sentence arbitrale », *JCP E.*, 16 décembre 2004, p.1860

- CHAGNY (M.) et PIRONON (V.), « Les recours collectifs en droit du marché », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.203
- CHALAS (C.), note *JDI*, 2008, p.153
- CHARPENTIER (J.), « Vers un espace judiciaire européen », *AFDI*, 1978, p.927
- CHEKROUN (D.), « *L'imperium* de l'arbitre », in *L'arbitrage – Archives de philosophie du droit*, Tome 52, Dalloz, 2009, p.135
- CHEYNEL (B.), « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », *Revue Lamy de la concurrence*, Octobre/décembre 2007, n°13, p.33
- CLAUDEL (E.), « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD Com.*, 2014, p.339
- CLAVEL (S.), « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.57
- CONSTANTINESCO (V.), « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p.35
- CORNELOUP (S.),
- « La loi applicable aux obligations contractuelles – Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire "Rome I" », *JCP G*, 29 octobre 2008, I, 205 ;
 - « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2014, p.363
- CORNETTE (F.), « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p. 11
- CORNUT (E.), « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, p.27
- COURBE (P.), « Quelle place pour le *forum non conveniens* ? », *D.*, 2008, p.1452
- COUTURE (E.), « Le procès comme institution », *RIDC*, 1950, p.276
- COUTURIER (J.), « Signification et notification des actes », *L'observateur de Bruxelles*, Octobre 2012, n°90, p.8
- CROSSLAND (H. G.), « La codification du droit européen par les institutions de l'Union », *RFAP*, 1997, p.257

CROZE (H.),

- « Règlement (CE) n°44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Procédures*, Avril 2001, p.7 ;
- « Action de groupe de droit commun – Schéma procédural », *Procédures*, n°12, Décembre 2014, étude 17 ;
- « Clause de conciliation », *Procédures*, n°2, Février 2015, Commentaire 30

CUNIBERTI (G.),

- « Action déclaratoire et droit judiciaire européen », *JDI*, 2004, p.77 ;
- « Quelques observations sur le régime de l'astreinte en droit international privé », *Gaz. Pal.*, 28 novembre 2009, n°332, p.2 ;
- « Abolition de l'*exequatur* et présomption de protection des droits fondamentaux », *RCDIP*, 2014, p.303

D'AVOUT (L.),

- « La refonte du règlement Bruxelles I », *D.*, 2013, p.1014 ;
- « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.117

DAVID (R.), « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit », in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie philosophique J. Vrin, 1973, p.297

DAWN (O.), « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », *RIDC*, 2001, p.327

DAYANT (R.), « Prescription civile », *Encyclopédie Dalloz Droit International*, 1^{ère} éd., Tome II, p.615

DE GOUTTES (R.), « Le procès : système continental », in *Les principes communs d'une justice des États de l'Union Européenne*, La documentation française, 2001, p.121

DE LEVAL (G.), « L'harmonisation par la procédure : vers un "procès européen"... - Du prononcé à l'exécution des décisions », *Gaz. Pal.*, 21 août 2008, n°234, p.2380

DEBOURG (C.), « La portée internationale des actions collectives », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel* sous la direction d'I. OMARJEE et L. SINOPOLI, Dalloz, 2014, p.85

DEHARO (G.), « L'utilisation frauduleuse de la procédure. État de la jurisprudence », *RJC*, 2011, p.183

DELAVENNE (J.-F.), « Y a-t-il une "autonomie procédurale" des États membres en matière d'attribution de la charge de la preuve ? », *Gaz. Pal.*, 2003, n°177, p.21

DELEBECQUE (Ph.),

- note *RTD Com.*, 2008, p.212 ;
- « *Crash aérien : les options de compétence de la Convention de Montréal sont des prérogatives propres aux demandeurs* », *D.*, 2012, p.254

DELICOSTOPOULOS (Y. S.), « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et sur le droit », *Justices*, 1997, n°6, p.117

DELMAS-MARTY (M.),

- « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.*, 2000, p.421 ;
- « Le phénomène de l'harmonisation – L'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe* sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 2001, p.23

DELPECH (X.), « Publication de la directive sur l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2015, p.4

DERRUPPE (J.), « Étude théorique du renvoi », « Le renvoi dans la jurisprudence française » et « Le renvoi dans les conventions internationales », *J-CI Droit International*, fasc. 532-1, 532-2 et 532-3

DESDEVISES (Y.),

- « Variations sur le fond en procédure civile », in *La terre, la famille, le juge – Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Économica, 1990, p.325 ;
- « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2009, p.213

DESOLNEUX (M.-F.), « L'imperium du juge », *RJC*, 1995, p.98

DEUMIER (P.) et RACINE (J.-B.), « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *Revue des contrats*, 2008, p.1309

DINTILHAC (F.), « Subsidiarité », *Rép. Communautaire Dalloz*, 1999

DOUCET (J.-P.), « La loi applicable à l'action civile », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec, 1992, p.89

DOUCHY-LOUDOT (M.),

- « Le procès civil et les affaires transfrontalières : vers un espace judiciaire européen », in *La justice civile au vingt et unième siècle – Mélanges Pierre Julien*, Edilait, 2003, p.161 ;
- « Espace judiciaire civil européen », *RTDE*, 2010, p.421

DROZ (G. A. L.), « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP*, 1993-1995, p.97

DROZ (G. A. L.) et GAUDEMET-TALLON (H.), « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP*, 2001, p.601

DUTOIT (B.), « Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne : le règlement Rome II », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.309

EGEA (V.),

- « Une source d'inspiration pour l'espace judiciaire civil européen : le Règlement Bruxelles II bis », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OUODOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.35 ;
- « La résolution des conflits de procédures dans le règlement Bruxelles I bis », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d'E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.147

FALLON (M.),

- « La compétence internationale selon le droit judiciaire européen : émergence d'une compétence judiciaire européenne ? », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.25 ;
- « Le principe de proximité dans le droit de l'Union Européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.241 ;
- « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, Dalloz, 2009, p.1 ;
- « Rapport introductif », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.17

FARTUNOVA (M.), « Obtention des preuves en matière civile et commerciale », *J-CI Droit International*, fasc. 590

FAUCHON (P.), Rapport au Sénat n°126 (2002-2003) sur le projet de loi constitutionnelle relatif au mandat d'arrêt européen

FAUVARQUE-COSSON (B.),

- « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, 2000, p.797 ;
- « Le juge français et le droit étranger », *D.*, 2000, p.125 ;
- « La prescription en droit international privé », *TCFDIP*, 2002-2004, p.235 ;
- « L'accord procédural à l'épreuve du temps », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.263 ;

- « Vers un universalisme renouvelé : quelles en sont les manifestations en droit ? », *Diogène*, 2007/3 n°219, p.68

FEDY (F.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans l'Union européenne », *L'observateur de Bruxelles*, Juin 2006, n°65, p.34

FERRAND (F.),

- « Les principes ALI-Unidroit de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 2005, n°148, p.9 ;
- « Le nouveau Code de procédure civile français et les Principes ALI-Unidroit de Procédure civile transnationale : regard comparatif », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)* sous la direction de J. FOYER et C. PUIGELIER, Économica, 2006, p.439

FERRAND (F.) et MOUSSA (T.), « Le projet de l'American Law Institute et d'UNIDROIT de Principes et Règles de procédure civile transnationale : vers une procédure civile mondiale modélisée ? », in *La procédure en tous ses états – Mélanges Jean Buffet*, Petites affiches, 2004, p.199

FERRAND (L.), « La dématérialisation des procédures transfrontières », *Procédures*, n°10, Octobre 2014, Dossier 8

FLECHEUX (G.) et HAUTOT (I.), « Le forum shopping », *DPCI*, 1988, p.389

FLESCH (A.), « La citation à comparaître des personnes se trouvant à l'étranger en matière civile et commerciale », *RGDIP*, 2013, p.431

FOHRER (E.), note « De la prise en considération de la loi anglaise pour reconnaître à un *trustee* le droit d'agir en justice », *RCDIP*, 2005, p.627

FOUCHARD (P.), « Une procédure civile transnationale : quelle fin et quels moyens ? », *Rev. dr. unif.*, 2001, p.779

FOUSSARD (D.), « La loi étrangère dans le domaine de la procédure », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Économica, 2008, p.347

FOYER (J.),

- note *RCDIP*, 1990, p.712 ;
- « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI*, 1991, p.601

FRANÇOIS (B.), « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », *D.*, 2008, p.2543

FREYRIA (C.), « La notion de conflit de lois en droit public », *TCFDIP*, 1962-1964, p.103

FRICERO (N.), « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », *D.*, 2015, p.1201

GAUDEMET (J.), « *Dominium – Imperium*, Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits – Revue française de théorie juridique*, 1995, n°22, p.3

GAUDEMET-TALLON (H.),

- note *RCDIP*, 1972, p.453 ;
- note *RCDIP*, 1990, p.564 ;
- « Le “forum non conveniens”, une menace pour la convention de Bruxelles ? », *RCDIP*, 1991, p.491 ;
- « L’utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l’exemple des Conventions de La Haye) », in *L’internationalisation du droit – Mélanges en l’honneur d’Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.181 ;
- « Quel juge ? », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l’American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.67 ;
- « Brefs propos introductifs », *PA*, 2002, n°248, p.3 ;
- « La cohérence des sources communautaires et internationales », in *Quelle cohérence pour l’espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.67 ;
- « La refonte du Règlement Bruxelles I », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OUDOT et E. GUICHARD, Dalloz, 2012, p.21 ; « De l’abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.383 ;
- « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement “Rome I” du 17 juin 2008 », *J-CI Droit International*, fasc. 552-15

GAUTIER (P.-Y.), « Inquiétudes sur l’interprétation du droit uniforme international et européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.327

GIRAUD (A.) et TAYAR (D.), « L’autonomie procédurale des États membres à l’épreuve du principe d’effectivité du droit communautaire : la Cour est-elle un arbitre impartial ? », *PA*, 2007, n°133, p.8

GIRERD (P.), « Les principes d’équivalence et d’effectivité : encadrement ou désencadrement de l’autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, p.75

GODIVEAU (G.), « La codification du droit communautaire dérivé : le “mieux” est-il l’ennemi du “bien” légiférer ? », *CDE*, 2009, p.15

GOLDMAN (B.), « Règles de conflit, règles d’application immédiate et règles matérielles dans l’arbitrage commercial international », *TCFDIP*, 1966-1969, p.119

GOTHOT (P.),

- « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p.1 ;

- « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.343
- GOTHOT (P.) et HOLLEAUX (D.), « La Convention entre les États membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI*, 1971, p.747
- GRANDJEAN (J.-P.), « Action de groupe : petit pas ou pas de géant ? », *JCP G*, 30 septembre 2013, 1007
- GRANGEON (J.), « La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du *private enforcement* dans l'Union ? », *Revue Lamy droit des affaires*, février 2015, p.59
- GRARD (L.), « La communautarisation de "Bruxelles I" », *RGDIP*, 2013, p.529
- GRAYOT-DIRX (S.), « Une action en justice peut-elle naître indépendamment d'un litige ? », *D.*, 2011, p.2311
- GREVISSE (F.) et BONICHOT (J.-C.), « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p.297
- GUINCHARD (E.),
 - « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD Com.*, 2008, p.465 ;
 - « Première jurisprudence européenne sur la première procédure civile européenne », *RTDE*, 2013, p.335
- GUINCHARD (S.),
 - « La procédure mondiale modélisée », *D.*, 2003, p.2183 ;
 - « Entre identité nationale et universalisme du droit : l'idée et le processus d'introduction d'un recours collectif en droit français », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.295 ;
 - « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.379
- GULLO (D.), « L'arrêt "Santa Casa" : l'harmonisation n'est plus un simple pari », *RDUE*, 2010, p.101
- HAFTEL (B.),
 - « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I" », *JDI*, 2010, p.761 ;

- « Autorité de chose jugée et syndrome du chef de dispositif fantôme », *D.*, 2010, p.1403

HAGE-CHAHINE (F.), « La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p.303

HAMMJE (P.),

- « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP*, 1997, p.1 ;
- « Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p.291

HARAVON (M.), « Dix années de réforme de la procédure civile anglaise : révolte ou révolution ? », *RIDC*, 2004, p.825

HAZARD Jr (G. C.), « Le déroulement du procès », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.81

HEBRAUD (P.),

- Observations *RTDCiv*, 1950, p.88 ;
- note *RTDCiv.*, 1951, p.407 ;
- « Rapport sur l'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, p.170

HÉRON (J.), « Rapport français sur l'ordre public dans le procès », in *L'ordre public, travaux de l'association Henri Capitant*, LGDJ, 1998, p.943

HESS (B.),

- « Nouvelles techniques de la coopération transfrontière en Europe », *RCDIP*, 2003, p.215 ;
- « Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* sous la direction de A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT, Dalloz, 2004, p.81

HEUZÉ (V.),

- « L'Europe désenchantée », *JCP G*, 27 juillet 2005, I, 157 ;
- « L'honneur des professeurs de droit – Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », *JCP G*, 7 mars 2007, I, 116 ;
- « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G*, 23 juillet 2008, I, 166 ;
- « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. – L'abolition de la démocratie (1^{ère} partie) », *JCP G*, 28 mars 2011, doct. 359 ;
- « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. – La soumission à un utilitarisme obscur (2^{nde} partie) », *JCP G*, 4 avril 2011, doct. 397

HOCQUARD (J.-M.), « Injonction de payer et recouvrement des petits litiges », *L'Observateur de Bruxelles*, Octobre 2012, n°90, p.22

HUET (A.),

- note *JDI*, 1991, p.498 ;
- « Article 220 », in *Traité instituant la CEE – Commentaire article par article*, sous la direction de CONSTANTINESCO (V.), JACQUE (J.-P.), KOVAR (R.) et SIMON (D.), *Économica*, 1992, p.1377 ;
- « Le désistement », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998 ;
- note *RCDIP*, 1999, p.293 ;
- note *JDI*, 2004, p.638 ;
- « Titre exécutoire européen », *Rép. Internat. Dalloz*, 2006 ;
- « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) » et « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *J-Cl Droit International*, fasc. 582-10, 582-20, 582-30, 583-10, 583-20 et 584-40

HUGON (C.), « Le titre exécutoire européen à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OUDOT et E. GUINCHARD, *Dalloz*, 2012, p.131

IDOT (L.),

- « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *PA*, 2002, n°248, p.27 ;
- « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, *Dalloz*, 2005, p.431 ;
- « Application par les autorités nationales et autonomie procédurale », *Europe*, février 2011, p.35 ;
- « Enfin l'action de groupe ? », *Europe*, Juillet 2013, alerte 38 ;
- « Conséquences d'une notification irrégulière », *Europe*, Novembre 2014, comm. 505 ;
- « Compétence en matière d'obligations alimentaires », *Europe*, Février 2015, comm. 96

JACQUET (J.-M.), « Contrats », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998

JAMBU-MERLIN (R.), note *D.*, 1966, p.577

JAMIN (C.), « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, 2000, p.733

JARROSSON (C.), « Réflexions sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, *Litec*, 1991, p.245

JAULT-SESEKE (F.), « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP*, 2005, p.253

JAZOTTES (G.), « L'incidence du droit international privé communautaire sur l'ordre communautaire », *PA*, 2002, n°248, p.38

JEAMMAUD (A.), « De la polysémie du terme “principe” dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, sous la direction de S. CAUDAL, Economica, 2008, p.49

JESTAZ (P.), « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p.223

JEULAND (E.),

- « L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation », *Droit et Patrimoine*, Octobre 2002, p.80 ;
- note *Rev. Arb.*, 2002, p.935 ;
- « Le titre exécutoire européen : un jalon perfectible », *Gaz. Pal.*, 18 novembre 2003, n°322, p.10 ;
- « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.105 ;
- « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n°145, p.15 ;
- « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p.55 ;
- « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.443 ;
- « Brèves remarques sur la qualification de l'espace judiciaire européen en un ordre juridique interétatique de droit privé », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p.435 ;
- « Rationalisation et relation en droit judiciaire privé européen », in *Les frontières du droit privé européen* sous la direction d'E. POILLOT et I. RUEDA, Larcier, 2012, p.239 ;
- « Les internationalistes et les processualistes ont-ils une vision commune de la notion même de coordination des justices étatiques ? Etude de canardologie », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.11

JOBARD-BACHELIER (M.-N.), « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.185

JOLY (E.), « Le titre exécutoire européen », *L'Observateur de Bruxelles*, Octobre 2012, n°90, p.28

JORGE (M.), « La loi étrangère devant le juge du fond : office du juge et substitution », *PA*, 2000, n°148, p.4

JOSSELIN-GALL (M.), « La place de l'État dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.493

JUGLART (M.) et PONTAVICE (E.), note *JCP G*, 1967, II, n°14994

KADNER GRAZIANO (T.), « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », *RCDIP*, 2008, p.445

KAMDEN (I. F.), « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *RJT*, 2009, p.605

KERAMEUS (K.),

- « La procédure civile nationale dans le cadre du droit communautaire », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.145 ;
- « Procédure civile nationale et exigences communautaires », in *Justice et droits fondamentaux – Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.253 ;
- « L'harmonisation procédurale dans le monde contemporain », in *La procédure entre tradition et modernité* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p.9

KESSEDJIAN (C.),

- « Mesures provisoires et conservatoires – À propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international », *JDI*, 1997, p.103 ;
- « Quelques réflexions en matière de preuves », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.109 ;
- « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, 2001-2002, p.411 ;
- « Le principe de proximité vingt ans après », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.507 ;
- « Les actions collectives en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires de la concurrence et le droit international privé », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.533 ;
- « L'espace judiciaire civile et commercial européen : le règlement "Bruxelles I" refondu », *RGDIP*, 2013, p.545

KINSCH (P.), « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP*, 2003, p.403

KLEINER (C.), « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé (ou l'imbroglia entre la procédure et le fond) », *RCDIP*, 2009, p.639

KÖHLER (C.),

- « La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international privé », *TCFDIP*, 1993-1995, p.71 ;
- « Interrogations sur les sources de droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP*, 1999, p.1 ;
- « Trois défis : la Cour de Justice des Communautés européennes et l'espace judiciaire européen en matière civile », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.569

KREUZER (K.), « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.97

KRIEGK (J.-F.), « L'espace judiciaire européen : sortir de l'enfer de Dante ? », *PA*, 1999, n°28, p.4

KRONKE (H.), « Efficacité, impartialité, fonctions macro-économiques : les objectifs de l'harmonisation de la procédure civile transnationale », *Rev. dr. unif*, 2001, p.741

KUIPERS (J.-J.), « La loi sur le règlement collectif des dommages de masse aux Pays-Bas et ses ambitions dans l'espace judiciaire européen », *RIDC*, 2012, p.213

LABAYLE (H.),

- « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, 1997, p.813 ;
- « La cohérence institutionnelle de l'espace judiciaire européen. Propos introductifs », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.15 ;
- « L'espace de liberté, sécurité et justice dans la constitution pour l'Europe », *RTDE*, 2005, p.437 ;
- « Espace de liberté, de sécurité et de justice – Cadre général », *J-CI Europe Traité*, fasc. 2620, Juin 2009

LAGARDE (P.),

- « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP*, 1964, p.235 ;
- « Rapport de synthèse », *PA*, 2002, n°248, p.44 ;
- « De la loi applicable en matière d'accident de la circulation et de l'opposabilité d'un accord procédural à l'assureur qui n'y est pas partie », *RCDIP*, 2005, p.304 ;
- « Le juge doit appliquer d'office la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 2005, p.465 ;
- « En guise de synthèse », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.365

- LAGARDE (P.) et TENENBAUM (A.), « De la convention de Rome au règlement Rome I », *RCDIP*, 2008, p.727
- LALIVE (P.), « Le droit public étranger et le droit international privé », *TCFDIP*, 1973-1975, p.215
- LE BERRE (Y.) et PATAUT (E.), « La recherche de preuves en France au soutien de procédures étrangères au fond », *RDAI*, 2004, p.53
- LEBEAU (D.) et NIBOYET (M.-L.), « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2003, n°51, p.6
- LEBOIS (M.), « Le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.271
- LEBRANCHU (M.), « Intervention », in *Les principes communs d'une justice des États de l'Union Européenne*, La documentation française, 2001, p.107
- LEFRANC (D.), « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *RCDIP*, 2005, p.413
- LEGIER (G.),
 - note *JDI*, 1995, p.607 ;
 - « Actes juridiques », *J-CI Droit International*, fasc. 551-10 (Refondu par Gwendoline Lardeux)
- LEGRAND (P.), « Sens et non-sens d'une codification réformatrice de droit européen », *RFAP*, 1997, p.227
- LEGROS (C.), note *JDI*, 2010, p.183
- LEHMANN (R.), « Les qualifications », *J-CI Droit International*, fasc. 531
- LELIEUR (J.) et SINOPOLI (L.), « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat », *PA*, 22 février 2007, n°37, p.7
- LEMAIRE (S.),
 - « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement "Rome I" », *D.*, 2008, p.2157 ;
 - « La connexité internationale », *TCFDIP*, 2008-2010, p.95
- LEMONTEY (J.) et MICHON (N.), « Les "class actions" américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI*, 2009, p.535

LENAERTS (K.), « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, p.487

LEQUETTE (Y.),

- « Le renvoi de qualifications », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 249 ;
- « Le renvoi », *Rép. Internat.* Dalloz, 1998 ;
- « De Bruxelles à La Haye (Acte II) – Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.503

LEROY (E.), « L'aide juridique et judiciaire en droit européen », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.295

LE TALLEC (G.), « La Cour de cassation et le droit communautaire », in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p.363

LIBCHABER (R.),

- note *Rev. Arb.*, 2005, p.645 ;
- note *RCDIP*, 2007, p.784

LINSMEAU (J.),

- note *Rev. Arb.*, 1998, p.181 ;
- note *Rev. Arb.*, 1998, p.715

LOPEZ DE TEJADA (M.) et D'AVOUT (L.), « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *RCDIP*, 2007, p.717

LOQUIN (E.), « Quelques lumières sur une question ténébreuse : le juge de l'exécution peut-il allouer des intérêts moratoires courant à partir du prononcé de la sentence lorsque le tribunal arbitral n'a pas décidé de cette question ? », *RTD Com.*, 2005, p.267

LOUIS-LUCAS (P.),

- « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *RCDIP*, 1959, p.405 ;
- « DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS — Conflits de lois — Théorie générale — Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois », *J-Cl. Droit International*, Fasc. 530-A et 530-B

LOUSSOUARN (Y.), « L'évolution de la règle de conflit de lois », *TCFDIP*, Journée du cinquantième, p.79

MAC ELEAVY FIORINI (A.), « Qu'y a-t-il en un nom ? – Un vrai code pour le droit international privé européen », in *Quelle architecture pour un code européen de droit*

international privé ? sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.27

MAILHE (F.), « Litispendance européenne : pas de priorité du référé », *JCP G*, 9 février 2015, 150

MALAURIE (Ph.), « Loi uniforme et conflits de lois », *TCFDIP*, 1964-1966, p.83

MANCINI (P.-S.), « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, p.221 et 284

MARMISSE (A.), « La litispendance s'apprécie au regard des prétentions des demandeurs, à l'exclusion des moyens de défense », *RTD Com.*, 2003, p.607

MARMISSE-D'ABBADIE d'ARRAST (A.),

- « Coopérations civiles et pénales », Rép. Communautaire Dalloz, août 2005 ;
- « Espace de liberté, de sécurité et de justice », Rép. Communautaire Dalloz, Septembre 2010

MARMISSE (A.) et WILDERSPIN (M.), « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *RCDIP*, 1999, p.669

MARTELLO (C.), « L'injonction de payer européenne », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUICHARD, Dalloz, 2012, p.121

MARTY (G.), « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit », in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie philosophique J. Vrin, 1973, p.325

MATTERA (A.),

- « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », *RDUE*, 2009, p.385 ;
- « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2010, p.679

MAYER (P.),

- « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, p.1 ;
- « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, p.467

- MECARELLI (G.), « La signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe, dix ans après », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.95
- MELIN (F.), « La convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », *PA*, 1999, n°192, p.9
- MERTENS DE WILMARS (J.), « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p.391
- MICHEL (V.), « Union Européenne (Traité de Lisbonne) », Rép. Communautaire Dalloz, Septembre 2010
- MIGNOLET (O.), « Le contenu des règles de procédure issues des règlements communautaires et leur sanction », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.329
- MOLFESSIS (N.), « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p.947
- MONSERIE-BON (M.-H.), « PROCÉDURES COLLECTIVES – Compétence et effets des jugements – Règlement (CE) n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », « PROCÉDURES COLLECTIVES – Loi applicable – Règlement (CE) n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », J-Cl. Droit International, Fasc. 569 et 569-05
- MONTAGNIER (G.) et DEBARD (T.), « Droit de l'Union européenne et procédure civile », Rép. Procédure Civile Dalloz, 2014
- MOREAU (M.-A.), note *RCDIP*, 1994, p.323
- MOTULSKY (H.),
- « L'office du juge et la loi étrangère » in *Écrits – Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p.87 (tiré des Mélanges en l'honneur de Jacques Maury, Tome 1, 1960, p.337) ;
 - « Preuve », Encyclopédie Dalloz Droit International, 1^{ère} éd., Tome II, p.625 ;
 - « Procédure civile et commerciale », Encyclopédie Dalloz Droit International, 1^{ère} éd., Tome II, p.648
- MUIR WATT (H.),
- note *JCP G.*, 1995, II, n°22367 ;
 - « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », in *Le privé et le public – Archives de philosophie du droit*, Tome 41, 1997, p.207 ;
 - « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la *Court of Appeal, Crédit Suisse fides Trust v. Cuoghi*) », *RCDIP*, 1998, p.27 ;

- note *RCDIP*, 2001, p.335 ;
- « Quelle méthode ? », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.39 ;
- note *RCDIP*, 2003, p.116 ;
- note *RCDIP*, 2003, p.335 ;
- note *RCDIP*, 2004, p.654 ;
- « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.1 ;
- « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.615 ;
- « Conclusion » in *Forum Shopping in the European Judicial Area* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Hart Publishing, 2007, p.145 ;
- note *RCDIP*, 2007, p.840 ;
- « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétence déléguée : sur le droit international privé des actions de groupe (A propos de l'affaire *Vivendi Universal*) », *RCDIP*, 2008, p.581 ; note *RCDIP*, 2013, p.501

NEKAM (A.), « L'entraide judiciaire aux États-Unis », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1936, p.36

NIBOYET (M.-L.),

- note *RCDIP*, 1991, p.558 ;
- « Les conflits de procédures », *TCFDIP*, 1995-1996, p.71 ;
- « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.313 ;
- « Action en justice », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998 ;
- « L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières », *Gaz. Pal.*, 2000, doct. p.395 ;
- « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.*, 2001, p.943 ;
- « Quels litiges ? », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.51 ;
- « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.153 ;
- « Ébauche d'un droit judiciaire transnational », in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p.47 ;

- « La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droits de l'homme (à la lumière de la loi dite anti-Perruche) » in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p.341 ;
- « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p.937 ;
- « 2005 : la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Droit & Patrimoine*, février 2006, n°145, p.110 ;
- « Action de groupe et droit international privé », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n°32, p.78 ;
- « Le principe de confiance mutuelle et les injonctions Anti-Suit » in *Forum Shopping in the European Judicial Area* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Hart Publishing, 2007, p.77 ;
- « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte (le "grand arrêt" Cornelissen du 20 février 2007) », *Gaz. Pal.*, 2007, n°123, p.2 ;
- « 2006-2007 : normalisation et nouveau souffle de la communautarisation », *Droit et Patrimoine*, Février 2008, p.100 ;
- « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.363 ;
- « Une nouvelle action déclaratoire : l'action aux fins de déclaration d'incompétence internationale (l'affaire Flash Airlines) », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p.48 ;
- « L'heure de la saisine du juge du divorce et la litispendance communautaire (de la nécessité d'équiper les greffes d'un horodateur) », *Gaz. Pal.*, 2009, n°52, p.53 ;
- « Ambiguïtés sur le droit applicable aux conditions d'introduction d'une instance en France », *Gaz. Pal.*, 2010, n°149, p.52 ;
- « Les règles de procédure : l'acquis et les propositions – Les interactions entre les règles nationales de procédure et les "règles judiciaires européennes" », *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.281 ;
- « L'eupéanisation du droit international privé des conflits de juridictions – Les frontières de l'espace européen de justice », in *Union européenne et droit international – En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, 2013, p.815 ;
- « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », intervention orale, Colloque *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* sous la direction d'O. BOSKOVIC et T. AZZI, Université Paris Descartes, 14 mars 2014, Bruylant, 2015, *A paraître*.

NIBOYET (M.-L.) et SERINET (Y.-M.), « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.87

NIOCHE (M.), « Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction », *RCDIP*, 2013, p.686

NOLDE (B.), « La codification du droit international privé aux États-Unis d'Amérique », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1936, p.7

NORMAND (J.),

- « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.337 ;
- « Un droit judiciaire privé européen ? », in *Le droit privé européen* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIERES, Économica, 1998, p.124 ;
- « Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998, p.265 ;
- « La confrontation des principes directeurs », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.89 ;
- « Conclusions », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.167

NOURISSAT (C.),

- « Directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale », *Procédures*, Août 2003, chron. 11 ;
- « Le droit international privé à l'épreuve du droit communautaire ? Quelques brèves observations optimistes... », *PA*, 19 avril 2007, p.82 ;
- « Retour sur l'autonomie procédurale », *Procédures*, août-septembre 2007, p.66 ;
- « Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire », *D.*, 2007, p.1098 ;
- « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », *RJC*, 2011, p.3 ;
- « La codification de l'espace judiciaire civil européen », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.175 ;
- « Première interprétation de la CJUE concernant l'injonction de payer européenne », *Procédures*, Mars 2013, comm. 73 ;
- « Injonction de payer européenne », *Procédures*, Juin 2013, comm. 184 ;
- « Action de groupe : une vraie conquête démocratique... », *Procédures*, Octobre 2013, repère 9

NOVIC (E.), « La Cour de Justice des Communautés Européennes face aux carences de l'ordre juridique international », *CDE*, 2009, p.375

NUYTS (A.),

- « Questions de procédure : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale* sous la direction de R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS et N. WATTE, Bruylant, 1999, p.235 ;

- « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p.745 ;
- « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *RCDIP*, 2007, p.53

OPPETIT (B.),

- « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP*, Journée du cinquantième, 1985, p.121 ;
- « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.311

PARRA-ARANGUREN (G.), « La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé », *RCDIP*, 1999, p.209

PATAUT (E.),

- « Procédure civile et commerciale », *Rép. Internat. Dalloz*, 2^{ème} éd., 2001 (juin 2010) ;
- « De la condition d'identité d'objet en matière de litispendance : exclusion des moyens de défense », *RCDIP*, 2003, p.544 ;
- « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Justice et droits fondamentaux – Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.365
- « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.31 ;
- « La décision ordonnant l'audition d'un témoin est-elle une mesure provisoire ou conservatoire ? », *RCDIP*, 2005, p.742 ;
- « De Bruxelles à La Haye – Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.661 ;
- « Il n'y a pas litispendance si le juge étranger est dessaisi du fait d'un désistement », *RCDIP*, 2006, p.428 ;
- « Le délai de recours contre la décision d'exequatur ne court qu'à compter de la signification régulière », *RCDIP*, 2006, p.691 ;
- « Y a-t-il pluralité de défendeurs lorsque l'action est irrecevable contre l'un d'eux en faillite ? », *RCDIP*, 2007, p.175 ;
- « Notifications internationales et règlement "Bruxelles I" », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.377 ;
- « De la date de saisine d'un tribunal saisi d'une exception de litispendance », *RCDIP*, 2009, p.93 ;
- « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparaît sans soulever d'exception d'incompétence », *RCDIP*, 2010, p.575

PAULINO PEREIRA (F.),

- « Le règlement “Bruxelles I” concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale », *L’observateur de Bruxelles*, Juin 2006, n°65, p.15 ;
- « Le règlement “(CE) n°1348/2000 du Conseil” relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale », *L’observateur de Bruxelles*, Juin 2006, n°65, p.23 ;
- « La directive sur la médiation en matière civile et commerciale », *L’observateur de Bruxelles*, Avril 2008, n°72, p.30 ;
- « La coopération judiciaire en matière civile dans l’Union Européenne : bilan et perspectives », *RCDIP*, 2010, p.1

PAYAN (G.),

- « Programme de Stockholm et coopération judiciaire civile : des orientations du conseil européen au plan d’action de la commission européenne », *R.R.J.*, 2010, p.1809 ;
- « Quel bilan pour le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 sur l’obtention des preuves en matière civile ou commerciale ? », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OUDOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.107 ;
- « Les astreintes dans le règlement Bruxelles I bis : permanence et perspectives », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d’E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.249

PEROZ (H.),

- note *JDI*, 2003, p.107 ;
- « Titre exécutoire européen », *J-Cl. Droit International*, fasc. 650

PERREAU SAUSSINE (L.), « Quelle place pour les class actions dans le règlement Bruxelles I ? », *JCP G.*, 2011, p.992

PERRIN (A.), « Que reste-t-il de l’autonomie procédurale des États membres ? (à propos de la décision de la CJCE du 18 juillet 2007, Commission c/Allemagne) », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 2008, n° 6, p.1661

PERROT (R.), « Intérêt à agir : la notion d’intérêt né et actuel », *RTD Civ.*, 2012, p.146

PESCATORE (P.), « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, p.337

PETEL-TEYSSIE (I.), « L’unicité de l’instance prud’homale en droit international privé », *JCP S*, n°14, 3 avril 2012, 1157

PICARD (E.), « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio* ? », in *De l’intérêt de la summa divisio droit public – droit privé ?* sous la direction de B. BONNET et P. DEUMIER, Dalloz, 2010, p.65

PIEDELIEVRE (S.),

- « Intérêts moratoires et sentence arbitrale », *Revue de droit bancaire et financier*, Mars 2005, 64 ;
- « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », *Gaz. Pal.*, 20 et 21 septembre 2013, p.2891 ;
- « La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2014, n°88, p.11

PILLET (A.), « Étude sur les sources du droit international privé », *JDI*, 1891, p.5

PIZZIO (J.-P.), « Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : apport des nouveaux textes européens », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2013, p.85

POCAR (F.), « La codification européenne du droit international privé : vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les États tiers ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.697

POILLOT-PERUZZETTO (S.),

- « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.581 ;
- « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2010, n°1, p.3 ;
- « La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.51

POISSON-DROCOURT (E.), « Notification et signification des actes (Matières civile et commerciale) », *Rép. Internat. Dalloz*, 2002

PROVANSAL (A.), « Procédures d'insolvabilité en Europe », *L'Observateur de Bruxelles*, Octobre 2012, n°90, p.35

PONSARD (A.), note, *JDI*, 1957, p.722

PUSTORINO (P.), « Observations sur les principes généraux opérant dans le droit international privé et procédural communautaire », *RDUE*, 2005, p.11

RABEL (E.), « Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p.1

RAIMON (M.), « L'abus du droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP G*, 2000, I, 256

RANJARD-NORMAND (C.), « La reconnaissance des titres », *L'Observateur de Bruxelles*, Octobre 2012, n°90, p.14

Rapport final « L'émergence d'une culture judiciaire européenne », mai 2009, Sous la coordination de J.-L. BERGEL, J.-Y. CHEROT, S. CIMAMONTI et M.-F. MERCADIER

REBEYROL (V.), « La nouvelle action de groupe », *D.*, 2014, p.940

REMERY (J.-P.), « Le juge des référés face aux conflits de lois », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.707

RIALS (S.), « Ouverture : l'office du juge », *Droits – Revue française de théorie juridique*, 1989, n°9, p.3

RIGAUX (F.),

- « Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, p.247 ;
- « Droit international privé et droit communautaire », in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.341

ROUCHAUD-JOET (A.-M.), « Le titre exécutoire européen », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.451

ROUHETTE (G.),

- « L'ordre juridique processuel », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p.687 ;
- « Sur l'harmonisation du droit du procès civil au sein de l'Union européenne », *Justices*, 1995, n°2, p.365

SAGAUT (J.-F.) et CAGNIART (M.),

- « Regard communautaire sur le Forum shopping et le Forum non conveniens », *PA*, 2005, n° 74, p.51 ;
- « La légitimité du droit communautaire en droit international privé de la famille », *Droit et Patrimoine*, 2005, n°135, p.22 et s.

SAINT-BONNET (F.), « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels français (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2003, n° 38, p.135

SANTA-CROCE (M.),

- note *JDI*, 1997, p.789 ;
- « Contrats internationaux », *J-Cl Droit International*, fasc. 552-80

SCHULZE (R.), « Le droit privé commun européen », *RIDC*, 1995, p.7

SERAGLINI (C.), « Les effets en France des actions de groupe étrangères », *TCFDIP*, 2008-2010, p.157

SICURELLA (R.), « Le *corpus juris* : proposition d'un modèle d'espace judiciaire européen », *D.*, 1998, p.223

SIMON (D.),

- note *JDI*, 1996, p.468 ;
- « Autorité de chose jugée d'un arrêt national », *Europe*, novembre 2009, p.11

SIMON-DEPITRE (M.), « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP*, 1974, p.591

SIMON-DEPITRE (M.) et LEGENDRE (C.), note *RCDIP*, 1966, p.636

STORME (Marcel),

- « Le Droit judiciaire : *e diversitate unitas* ? », *Justices (Revue générale de droit processuel)*, 1997, n°7, p.69 ;
- « L'unification de la procédure civile en Union européenne : une chance et un défi », in *Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, Lodz, 1998, p.397

STÜRNER (R.), « Règles transnationales de procédure civile ? Quelques remarques d'un Européen sur un nouveau projet commun de l'American Law Institute et d'Unidroit », *RIDC*, 2000, p.845

SUSSAROVA (A.), « La portée du principe "forum regit procesum" dans la pratique judiciaire belge », *Revue de droit commercial belge*, 2012, p.156

SYNVET (H.), « Faillite », Rép. Internat. Dalloz, décembre 1998 (dernière mise à jour : juin 2014)

TAGARAS (H.),

- note *CDE*, 1990, p.701 ;
- « La révision et la communautarisation de la Convention de Bruxelles par le règlement 44/2001 », *CDE*, 2003, p.399

TARUFFO (M.), « La genèse et la finalité des règles proposées par l'American Law Institute », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.19

TAYLOR VON MEHREN (A.), « L'apport du droit comparé à la théorie et à la pratique du droit international privé », *RIDC*, 1977, p.493

TELL (O.), « Le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale », *L'observateur de Bruxelles*, Juin 2006, n°65, p.28

TERRE (F.),

- « Action en justice », Encyclopédie Dalloz Droit International, 1^{ère} éd., Tome I, p.49 ;

- « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *TCFDIP*, 1964-1966, p.111

TESTU (F. X.), « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.*, 1998, p.345

THERY (Ph.),

- « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 1996, n°23, p.41 ;
- « *Judex Gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.477 ;
- « Procédures civiles d'exécutions et droit international privé », *PA*, 1999, n°254, p.50 ;
- « Point de vue – La question des sources », in *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, sous la direction de L. CADIET et G. CANIVET, Litec, 2006, p.261 ;
- « Consécration d'une action déclaratoire en matière de compétence internationale », *RTD Civ.*, 2012, p.367 ;
- « Quand la procédure joue contre la compétence : quelques exemples empruntés au contentieux international », *RTD Civ.*, 2013, p.166 ;
- « La compétence », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques* sous la direction d'E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET et E. JEULAND, IRJS Éditions, 2013, p.45

THOMA (I.), « La définition et l'exercice des compétences externes de la Communauté européenne au domaine de la coopération dans les domaines civils ayant une incidence transfrontière », *ERPL*, 2002, p.397

THUAN (G.), « La place du mineur dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Journal du Droit des jeunes – revue d'action juridique et sociale*, n°286, juin 2009, p.8

TISSIER (A.), « Le centenaire du code de procédure et les projets de réforme », *RTDCiv.*, 1906, p.625

TRAIN (F.-X.), note *JDI*, 2007, p.1194

TREPOZ (E.), « La promotion de l'espace judiciaire civil européen à l'externe », in *La justice civile européenne en marche* sous la direction de M. DOUCHY-OU DOT et E. GUINCHARD, Dalloz, 2012, p.163

USUNIER (L.),

- note « De la compatibilité des injonctions anti-suit avec le Règlement CE 44/2001 », *RCDIP*, 2007, p.434 ;
- « Droit d'agir en justice et actions de groupe transnationales », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.681 ;

- « Le règlement Bruxelles 1 Bis et la théorie de l'abus de droit », in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* sous la direction d'E. GUINCHARD, Bruylant, 2014, p.449

VALLENS (J.-L.),

- « La mise en œuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité : questions de procédure », *D.*, 2003, p.1421 ;
- « Forum shopping », *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, Septembre-Octobre 2009, Dossier 30, p.52

VALTIER (B.), « La justice est-elle un service public ? », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p.141

VANDEKERCKOVE (K.),

- « Créances incontestées, injonction de payer et demandes de faible importance : procédures européennes », *L'observateur de Bruxelles*, Juin 2006, n°65, p.6 ;
- « Un labyrinthe européen : le champ d'application géographique du règlement "Bruxelles I" et d'autres instruments européens en matière de droit international privé et de procédure civile », *RDUE*, 2011, p.39 ;

VAN DEN BOSSCHE (A.-M.), « L'espace européen de justice et le (rapprochement du) droit judiciaire », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.1

VAN HECKE (G.), « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XXe siècle », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, p.939

VANHEUKELEN (C.), « Le règlement 1348/2000 – Analyse et évaluation par un praticien du droit », in *Le Droit processuel & judiciaire européen* sous la direction de M. STORME, La charte, 2003, p.195

VAN HUFFEL (M.), « La prescription en droit bancaire : la perspective du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 11 septembre 2007, n°254, p.4

VAREILLES-SOMMIÈRES (P.),

- « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 1998, p.136 ;
- « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP*, 1998-1999, p.49 ;
- « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* sous la direction de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, 2004, p.91 ;
- « Jugements étrangers (matière civile et commerciale) », *Rép. Intern.* Dalloz, 2008 ;
- « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.397

VERDOT (A.), « L'applicabilité de la règle de conflit de lois d'origine conventionnelle en question », *D.*, 2006, p.260

VIGNAL (T.), « Preuve », *Rép. Intern. Dalloz*, 1999

VILÀ (B.) et ATTAL (M.), « La place de la procédure et de la coopération entre juges et acteurs nationaux – Le périmètre de la codification », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* sous la direction de M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, éditions Peter Lang, 2011, p.237

VINCENT (J.), « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Dalloz et Sirey, 1961, p.303

VOGEL (L.), « La procédure entre tradition et modernité », in *La procédure entre tradition et modernité* sous la direction de L. VOGEL, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p.7

VOULGARIS (I.), « Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé », in *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit – Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 2000, p.193

VRELLIS (S.),

- « Un juriste grec face au projet de procédure civile transnationale d'Ali/Unidroit », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.817 ;
- « “Abus” et “fraude” dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.633

WENGLER (W.), « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », *RCDIP*, 1954, p.661

WILDERSPIN (M.) et ROUCHAUD-JOËT (A.-M.), « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *RCDIP*, 2004, p.2

« Synthèse de l'atelier de droit judiciaire privé », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003, p.297

• **Écrits en langues étrangères (anglais, espagnol)**

AILES (E. H.), « Substance and Procedure in the conflict of laws », 39 *Michigan Law Review*, (1941), p.392

ANDREWS (N.),

- « National report for England and Wales : “the class action” », in *United Kingdom law in the 1990s* edited by J.P. GARDNER, United Kingdom comparative law series, 1990, Volume 10, p.133 ;
 - « English civil procedure : a synopsis », *Ritsumeikan Law Review*, 2008, p.25
- BARIATTI (S.), « Filling in the gaps of EC conflicting of laws instruments : the case of jurisdiction over actions related to insolvency proceedings », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.23
- BEAUMONT (P.) and TANG (Z.), « Classification of delictual damages – *Harding v Wealands* and the Rome II regulation », *12 Edinburgh Law Review*, (2008), p.131
- BELL (A.), « Anti-suit injunctions and the Brussels Convention », *Law Quarterly Review*, 1994, 110 (Apr), p.204
- BOGDAN (M.), « Some reflections regarding environmental damage and the Rome II regulation », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.95
- BRAND (R. A.), « Evolving competence for private international law in Europe : the external effects of internal developments », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.163
- BRIGGS (A.), « Forum non-conveniens and the Brussels Convention Again », *Law Quarterly Review*, 1991, 107 (Apr), p.180
- CADIET (L.),
- « Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law », *Ritsumeikan Law Review*, 2011, p.331 ;
 - « Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », disponible en version PDF à l’adresse suivante :
http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Cadiet_Inaugural_lecture.pdf
- CARRUTHERS (J. M.),
- « Substance and procedure in the conflict of laws : a continuing debate in relation to damages », *53 International and Comparative Law Quarterly*, (2004), p.691 ;
 - « Damages in the conflict of law – the substance and procedure spectrum : *Harding v. Wealands* », *1 Journal of Private International Law*, (2005), p.323
- COLLINS (L.), « Forum non conveniens and the Brussels Convention », *Law Quarterly Review*, 1990, 106 (Oct), p.535
- COOK (W. W.), « “Substance” and “procedure” in the conflict of laws », *42 Yale Law Journal*, (1933), p.333

- CUNIBERTI (G.), « *Forum non conveniens* and the Brussels Convention », 54 *International and Comparative Law Quarterly*, (2005), p.973
- CZEPELAK (M.), « Would we like to have a European code of private international law? », *ERPL*, 2010, p.705
- DOUGHERTY (C.) and WYLES (L.), « *Harding v. Wealands* », 56 *International and Comparative Law Quarterly*, (2007), p.443
- E.G.L., « The statute of limitations and the conflict of laws », 28 *Yale Law Journal*, (1919), p.492
- ERHENZWEIG (A. A.), « The *lex fori* : basic rules in the Conflict of laws », 58 *Michigan Law Review*, (1960), p.637
- FONT I SEGURA (A.), « Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum* », *Anuario español de derecho internacional privado*, 2001, p.283
- GOTTWALD (P.),
- « Comparative Civil Procedure », *Ritsumeikan Law Review*, 2005, p.23 ;
 - « The European Law of Civil Procedure », *Ritsumeikan Law Review*, 2005, p.37
- GRUBER (U. P.) and BACH (I.), « The application of foreign law, a progress report on a new European project », *YPIL*, 2009, p.157
- HAAPANIEMI (P.), « Procedural autonomy : a misnomer? », in *Europeanization of procedural law* sous la direction de L. ERVO, M. GRÄNS et A. JOKELA, Europa Law publishing, 2009, p.87
- HARRIS (J.), « Stays of proceedings and the Brussels Convention », 54 *International and Comparative Law Quarterly*, (2005), p.933
- HENDRICKS (J. S.), « In defense of the substance-procedure dichotomy », *Washington University Law Review*, Volume 89, 2011, p.103
- HESS (B.), « Procedural harmonization in a European context », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.159
- HO (L. C.) « Pragmatism rules », 50 *International and Civil Law Quarterly*, 2001, p.632
- HOSKINS (M.), « Tilting the balance : supremacy and national procedural rules », 21 *ELR*, 1996, p.365
- ILLMER (M.), « Neutrality matters – Some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law », *CJQ*, 2009, p.237

- JACOBS (J. B.), « The Vanishing substance-procedure distinction in contemporary corporate litigation: an essay », 41 *Suffolk University Law Review*, (2007-2008), p.1
- KENNETT (W.), « Lis alibi pendens : a view from the UK », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale* sous la direction de R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS et N. WATTE, Bruylant, 1999, p.103
- KERAMEUS (K.),
- « Procedural unification : the need and the limitations », in *International perspectives on Civil Justice – Essays in honour of Sir Jack I. H. Jacob Q.C.*, Sweet & Maxwell, 1990, p.47 ;
 - « Some reflection on procedural harmonisation : reasons and scope », *Rev. dr. unif.*, 2003, n°1-2, p.443
- KEYES (M.), « Substance and procedure in multistate tort litigation », 18 *Torts law journal*, 2010, p.201
- KRAMER (X. E.), « Harmonisation of civil procedure and the interaction with private international law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.121
- LAYTON (A.), « The prohibition on anti-suit injunctions and the relationship between European rules on Jurisdiction and Domestic Rules on Procedure », in *Forum Shopping in the European Judicial Area* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIERES, Hart Publishing, 2007, p.91
- LENAERTS (A.), « The general principle of the prohibition of abuse of rights : a critical position on its role in a codified European contract law », *ERPL*, 2010, p.1121
- LEVER (J.), « Why procedure is more important than substantive law », 48 *International and Comparative Law Quarterly*, (1999), p.285
- LINDBLOM (H.), « Harmony of the legal spheres – A Swedish view on the construction of a unified European procedural law », *ERPL*, 1997, p.11
- LIPSTEIN (K.), « Inherent limitations in statutes and the conflict of laws », 26 *International and Comparative Law Quarterly*, (1977), p.884
- MAIN (T. O.), « The procedural foundation of substantive law », *Washington University Law Review*, Volume 87, 2010, p.801
- MALATESTA (A.), « Cultural diversity and private international law », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.643

- McKENDRICK (J.), « Modifying procedural autonomy : better protection for community rights », *ERPL*, 2000, p.565
- MENDELSSOHN BARTHOLDY (A.), « Delimitation of right and remedy in the cases of conflict of laws », 16 *British Year Book of International Law*, (1935), p.20
- MEEUSEN (J.), « Who is afraid of private international law ? », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.685
- MILLS (A.), « Federalism in the European Union and the United States : subsidiarity, private law, and the conflict of laws », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 32(2), 2010, p.369
- OPESKIN (B. R.), « Statutory caps on damages in Australian conflict of laws », *Law Quarterly Review*, 1993, 109(Oct), p.533
- PANAGOPOULOS (G.), « Substance and procedure in private international law », 1 *Journal of Private International Law*, (2005), p.69
- PEARI (S.), « Substance and procedure in private international law by Richard Garnett », *Melbourne Journal of International law*, Volume 14, 2013, p.1
- PEEL (E.), « Introduction », in *Forum Shopping in the European Judicial Area* sous la direction de P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Hart Publishing, 2007, p.1
- PERTEGAS (M.), « The interaction between EC private international law and procedural rules : the European enforcement order as test-case », in *Liber Fausto Pocar – Volume 2 : Nouveaux instruments de droit international privé*, Giuffrè Editore, 2009, p.809
- RADHAKRISHNAN (A.), « Substance and procedure in Private International Law », 4 *Singapore Law Review*, (1983), p.131
- RISINGER (M.), « “Substance” and “procedure” revisited [with some afterthoughts on the constitutional problems of “irrebuttable presumptions”] », 30 *UCLA Law Review*, (1983), p.189
- ROGERSON (P.), « Problems of the applicable law o the contract in the English Common law jurisdiction rules : the good arguable case », *Journal of private international law*, 2013, p.387
- ROTEM (Y.), « Substance versus procedure in the conflict of laws : Israël as a case study », *Journal of transnational law and policy*, 2012-2013, Volume 22, p.1
- SCHOEMAN (E.), « Rome II and the substance-procedure dichotomy : crossing the Rubicon », *Lloyd’s maritime and commercial law quarterly*, 2010, p.81

- SPIRO (E.), « *Forum regit processum* (Procedure is governed by the *lex fori*) », 18 *International and Comparative Law Quarterly*, (1969), p.949
- STORME (Marcel),
- « Procedural law and the reform of Justice : from regional to universal harmonization », *Rev. dr. unif.*, 2001, p.763 ;
 - « A single civil procedure for Europe : a cathedral builder's dream », *Ritsumeikan Law Review*, 2005, p.87;
- STORME (Matthias), « Harmonisation of civil procedure and the interaction with substantive private law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.141
- SZASZY (S.), « The basic connecting factor in international cases in the domain of civil procedure », 15 *International and Comparative Law Quarterly*, (1966), p.436
- SZYSZCZAK (E.) et DELICOSTOPOULOS (J.), « Intrusions into national procedural autonomy : the French paradigm », 22 *ELR*, 1997, p.141
- VAN RHEE (C.H.),
- « Civil procedure : a European *Ius commune* ? », *ERPL*, 2000, p.589 ;
 - « Harmonisation of civil procedure : an historical and comparative perspective », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.39
- VISSCHER (L.), « A law and economic view on harmonization of procedural law », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.65
- WAGNER (R.), « Harmonisation of civil procedure: policy perspectives », in *Civil litigation in a globalizing World* sous la direction de X. E. KRAMER et C. H. VAN RHEE, TMC Asser Press, 2012, p.93
- WALKER (J.), « The utility of the ALI/UNIDROIT project on principles and rules of transnational civil procedure », *Rev. dr. unif.*, 2001, p.803
- WEBB (P.R.H.), « Some thoughts on the place of English law as *lex fori* in English private international law », 10 *International and Comparative Law Quarterly*, p.818

— Index —
(Les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

Abus de droit : 174, 215, 436 et s., 458, 467

Accès à la justice : 257 et s., 314, 328, 339 et s., 350, 364, 396, 403, 404, 427, 430, 432, 435, 446, 453, 456, 457, 462 et s., 467

Accord procédural : 444 et s., 467

Acte introductif d'instance : 367, 383, 385, 387, 389 et s., 420, 439 et s., 460, 467

Action de groupe : 9, 234, 258, 372, 430 et s., 458, 460, 464, 466 et s.

Action en justice : 3, 75, 81, 160, 193, 221 et s., 248, 256, 269, 371, 422, 425 et s.

Action dénégatoire – *Voir action négative*

Action négative : 223 et s., 427 et s., 460

Action préventive – *Voir action négative*

Article 65 TCE : 282, 284, 287 et s., 331

Article 81 TFUE : 288 et s., 298, 301 et s., 310, 314, 316 et s., 332, 350, 371, 463, 467

Astreinte : 123, 243, 457, 460, 467

Auctor regit actum : 36, 95, 97, 101, 106

Autonomie procédurale : 9, 38, 46, 158, 276, 298 et s., 315, 317, 360, 402, 406, 448, 467

Autorité de chose jugée : 385, 389, 427, 429, 431, 434 et s., 464, 467

-C-

Capacité : 135, 142, 228, 230, 234, 284

Catégorie procédure – *Voir critère de délimitation*

Codification : 11, 39, 47, 89, 144, 147, 270, 397, 399, 409 et s., 417 et s., 421, 440, 459, 462, 464, 467

Commissions rogatoires : 82, 357 et s., 360

Commodité : 92, 95, 97, 99, 105, 112 et s., 135, 144, 147, 270, 347, 466

Compétence du juge : 2 et s., 9, 36, 62 et s., 69, 71, 75, 96, 134, 152 et s., 174 et s., 185 et s., 214 et s., 217 et s., 223 et s., 248, 253, 255, 266, 267, 269, 361, 364, 368, 373 et s., 375 et s., 385, 412, 423 et s., 427 et s., 433, 435, 436, 464, 466 et s.

Compétence de l'Union européenne :

- Concurrente : 290, 297, 305, 308, 313
- D'attribution : 275, 277 et s., 291, 297
- Exclusive : 290, 308
- Extérieure, externe : 296
- horizontale : 295
- partagée – *Voir compétence concurrente*
- verticale – *Voir compétence horizontale*

Concentration des demandes : 435, 467

Concentration des moyens : 435, 467

Conciliation – *Voir modes alternatifs de règlement des conflits*

Conférence de La Haye : 5, 230, 296, 310, 451

Confiance mutuelle : 6, 9, 214, 251, 253, 262, 304, 314, 323, 325 et s., 337 et s., 342, 348, 351, 433, 436, 456, 463, 467

Conflit de catégories : 163 et s., 217

Conflit de procédures :

- *anti-suit injunction* : 186 et s., 190
- connexité : 189 et s., 376 et s., 380, 424, 431, 434, 442
- *forum non conveniens* : 186 et s., 190, 376
- litispendance : 81, 189 et s., 376 et s., 379, 412, 424, 427, 429, 431, 434 et s., 442

Conflit de qualifications : 166 et s., 171

Contractualisation : 43, 79, 83 et s.

Contradictoire : 100, 351, 357, 371, 385, 389, 435

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : 351, 422

Coopération judiciaire civile : 285, 292 et s., 295, 301, 310, 332, 412, 414, 416

Créances incontestées – *Voir règlement 805/2004 (titre exécutoire européen pour les créances incontestées)*

Critère de délimitation : 1, 92, 112, 113 et s., 126 et s., 133, 143, 145, 147, 148, 160, 219, 232, 267, 269, 270, 422, 466

Cross examination : 82, 453

-D-

Délais de procédure : 117, 344, 351, 383, 385, 389 et s.

Délimitation de la catégorie procédure – *Voir critère de délimitation*

Directive : 281, 300, 333, 339, 417, 419 et s.,

- 2003/8/CE (aide juridictionnelle) : 364
- 2008/52/CE (médiation) : 369 et s.
- 2009/22/CE (action en cessation) : 372
- 2013/11/UE (médiation) : 369, 371, 396
- 2014/104/UE (action en réparation en cas d'infraction aux règles de concurrence) : 339, 432, 453

Discovery : 82, 431, 453

Divorce : 3, 221, 246 et s., 267, 445, 466

Droit judiciaire privé : 2 et s., 51 et s., 63, 71, 73, 134, 153, 155, 157, 198, 264, 289, 450

Droits fondamentaux : 6, 133, 213, 313, 322, 351, 422, 432, 437

-E-

Effet utile : 188, 223 et s., 294, 301, 304, 429, 449, 453 et s., 467

Espace de liberté, de sécurité et de justice : 286, 293, 295, 314, 322 et s., 326, 329 et s.

Espace judiciaire européen : 6, 82, 149, 209, 213 et s., 220, 234, 249, 251, 253, 262, 271, 272, 277 et s., 286, 288 et s., 293, 300, 302, 304, 310, 314 et s., 319 et s., 346, 348, 350, 351 et s., 356, 364 et s., 391 et s., 396, 400 et s., 422, 427, 430 et s., 446, 449, 451, 453, 456 et s., 461 et s., 467

Exception de procédure : 423 et s., 460, 462, 467

Exequatur : 3, 72, 78, 161, 172 et s., 208, 210, 211 et s., 217, 242, 254, 338, 365, 368, 422, 427, 431

-F-

Fins de non-recevoir : 85, 195

Formulaires : 82, 357 et s., 363, 366, 371, 385, 389, 441

-G-

Garanties minimales communes : 252

-I-

Imperium : 119 et s., 143, 145

Injonction de payer européenne – *Voir règlement 1896/2006 (injonction de payer européenne)*

Institut de Droit international : 5, 25, 46, 68, 450 et s.

Intérêt à agir :

- né et actuel : 24, 224, 232, 427 et s., 466
- légitime : 227 et s., 233
- personnel – *Voir action de groupe*

Intérêts moratoires : 133, 165, 171, 221, 237 et s., 248, 265, 267, 269, 271, 466

-J-

Justiciabilité : 56, 111

Justitialité – *Voir justiciabilité*

-L-

Libre circulation des décisions : 6, 9, 212 et s., 251, 262, 289, 323, 325 et s., 333, 335 et s., 341 et s., 346, 348, 350, 351, 365, 400, 404, 431, 433, 436, 439, 453, 456, 458, 462 et s., 467

Litige intraeuropéen : 346

Litige transfrontière : 217, 272, 346, 390, 422

Locus regit actum : 36, 93 et s., 105, 140, 144

Loi d'autonomie : 83, 86 et s., 90, 146, 171, 270, 444 et s., 466

Lois de police : 7, 9, 65, 69 et s., 75

-M-

Matière gracieuse : 3, 75, 123

Médiation – *Voir modes alternatifs de règlement des conflits*

Mesures d'instruction : 334, 361

Mesures provisoires et conservatoires : 3, 81, 142, 252, 361, 427, 456

Méthode conflictuelle : 3, 7 et s., 10 et s., 338, 342, 344 et s., 349, 350, 351, 356, 363, 365, 381, 396, 420, 452 et s., 457, 432, 465 et s.

Méthode des règles matérielles : 7 et s., 179, 182, 269, 465 et s.

Modes alternatifs de règlement des conflits : 85, 86, 246 et s., 366, 369 et s., 391, 396, 430, 461, 464, 467

-N-

Neutralité : 133, 143, 145, 147, 148, 160, 219, 232, 267, 269, 270, 422, 466

Normes minimales communes : 253 et s., 256, 268, 338, 365, 367, 396, 420

Notification – *Voir règlement 1393/2007 (signification et notification)*

Notions autonomes : 180, 393 et s., 401

-O-

Office du juge :

- compétence : 373 et s., 464, 467
- loi applicable : 9, 175, 302, 314, 340, 447 et s., 467

Ordre public procédural : 133, 173, 213, 431, 453

-P-

Particularisme : 5, 310

Petits litiges – *Voir règlement 861/2007 (procédure européenne de règlement des petits litiges)*

Prescription : 141 et s., 166, 170 et s., 193 et s., 207, 218, 227, 235 et s., 267, 269, 271, 370 et s., 425, 442, 466

Preuves :

- administration : 198, 202 et s., 355 et s., 452 et s.
- charge : 198, 200, 204, 452
- modes : 198, 202 et s., 452
- objet : 199, 201, 204, 452
- obtention des preuves à l'étranger – *Voir règlement 1206/2001 (obtention des preuves à l'étranger)*
- présomption : 164, 201, 204, 365, 452

Principe :

- effectivité : 301
- équivalence : 301
- proportionnalité : 311 et s., 317, 350, 351, 422, 463, 465, 467
- subsidiarité : 293, 306 et s., 317, 338, 343, 467

Prise en considération : 43, 67, 81, 90, 233, 270, 466

Programme :

- La Haye : 6, 253, 326
- Tampere : 6, 252, 332
- Stockholm : 148, 254, 293, 332, 412, 416, 432

Proximité : 104, 125, 129 et s., 140, 143, 145, 147, 160, 230, 232, 234, 247, 270, 466

-Q-

Qualifications autonomes – *Voir notions autonomes*

Qualité à agir : 109, 229 et s., 267, 425, 466

-R-

Rabel : 181

Recommandation 2013/396/UE (recours collectifs) : 372, 432

Reconnaissance :

- Méthode : 7, 9
- Mutuelle – *Voir confiance mutuelle*
- des décisions – *Voir exequatur*

Recours collectif – *Voir action de groupe*

Régionalisme : 5, 310

Règlement :

- 44/2000 (Bruxelles I) : 9, 142, 158, 223 et s., 361, 365 et s., 368, 373 et s., 378, 380, 385, 428 et s., 457
- 1347/2000 (Bruxelles II) : 134
- 1206/2001 (obtention des preuves à l'étranger) : 82, 252, 334, 356 et s., 391, 404, 453, 457, 464, 467
- 2201/2003 (Bruxelles II bis) : 158, 188, 214, 373 et s., 377, 434
- 805/2004 (titre exécutoire européen pour les créances incontestées) : 256, 338, 365 et s., 385, 396, 420, 439, 441, 467
- 1896/2006 (injonction de payer européenne) : 213, 374, 383 et s., 388 et s., 396, 423, 464, 467
- 861/2007 (procédure européenne de règlement des petits litiges) : 258, 386, 387 et s., 396, 464, 467

- 864/2007 (Rome II) : 8, 142, 197, 204, 207, 235 et s., 237, 265, 433, 446, 451
- 1393/2007 (signification et notification) : 82, 256, 334, 362 et s., 391, 396, 400, 420, 464, 467
- 593/2008 (Rome I) : 8, 87, 197, 204, 207, 209, 235 et s., 237, 239, 242 et s., 265, 444
- 4/2009 (obligations alimentaires) : 197, 230, 235, 373 et s., 434, 444
- 1259/2010 (Rome III) : 8, 45, 246, 443 et s.
- 650/2012 (successions) : 373 et s., 376 et s.
- 1215/2012 (Bruxelles I bis) : 212, 268, 374, 376, 378, 428 et s., 428 et s., 434, 457
- 524/2013 (règlement en ligne des litiges de consommation) : 369 et s.

Renvoi de qualifications : 170 et s., 210, 217

Renvoi préjudiciel : 292 et s., 345, 401 et s., 405

Réparation : 115, 142, 167, 169, 175, 205 et s., 218, 239 et s., 269, 271

-S-

Saisine : 3, 67, 81, 117, 189, 191, 378, 395, 400, 441 et s.

Service public de la Justice : 51 et s., 56, 69, 97, 101, 106, 111, 123

Signification – *Voir règlement 1393/2007 (signification et notification)*

Souveraineté : 45, 52, 61, 64, 75, 102 et s., 122 et s., 128, 132, 143 et s., 147, 270, 296, 298, 314, 325, 334, 466

Summa divisio droit privé/droit public : 48 et s., 68 et s.

-T-

Territorialité : 65 et s., 93, 122, 325

Titre exécutoire européen – *Voir règlement 805/2004 (titre exécutoire européen pour les créances incontestées)*

Traité :

- D'Amsterdam : 5, 279, 287 et s., 291 et s., 297, 331
- De Lisbonne : 285, 288 et s., 293 et s., 322, 332, 467
- De Nice : 293
- De Rome : 281, 284

Transaction – *Voir modes alternatifs de règlements des conflits*

-U-

UNIDROIT : 87, 264, 352, 420

Universalisme : 5, 310

-V-

Vocation subsidiaire : 119, 133, 136 et s., 145, 147, 268, 307, 451, 467

Voies d'exécution : 2 et s., 457

Voies de recours : 314, 387, 389 et s., 434

— Table des matières —

— REMERCIEMENTS —	7
— LISTE DES ABREVIATIONS —	9
— SOMMAIRE —	13
— INTRODUCTION GENERALE —	17
— PREMIERE PARTIE — LE TRAITEMENT CONFLICTUEL DE LA PROCEDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN	41
TITRE 1 : L'INSUFFISANCE DE LA FORMULATION D'UNE RÈGLE DE CONFLIT PAR L'UNION EUROPEENNE	43
Chapitre 1 L'existence d'un consensus européen : l'exposé de la règle <i>lex fori regit procesum</i>	45
Section 1 : La règle <i>lex fori regit procesum</i> : un principe universel	46
§1 : La justification de l'inefficacité d'une formulation européenne par l'universalité de la règle	46
A. L'universalité temporelle de la règle <i>lex fori regit procesum</i>	46
1. La doctrine	46
2. La jurisprudence	48
B. L'universalité spatiale de la règle <i>lex fori regit procesum</i>	50
1. La règle <i>lex fori regit procesum</i> dans le droit positif des États membres ..	50
2. La règle <i>lex fori regit procesum</i> dans la doctrine des États membres	52
§2 : La justification de l'inefficacité d'une formulation européenne par l'élévation de la règle au rang de principe de droit positif	54
A. La règle <i>lex fori regit procesum</i> : un principe de droit positif	55
1. Définition de la notion de principe de droit positif	55
2. L'élévation de la règle <i>lex fori regit procesum</i> au rang de principe de droit positif	58
B. Un principe de droit positif justifiant l'inefficacité de la formulation d'une règle de conflit européenne	61
1. La valeur de l'argument historique dans le cadre de l'action de l'Union européenne	61
a. La vocation statique du droit	61
b. La possible adaptation des règles	63
2. La valeur de l'argument spatial dans le cadre de l'action de l'Union européenne	64
Section 2 : La règle <i>lex fori regit procesum</i> : une nature indéfinie	67
§1 : La place de la procédure dans la <i>summa divisio</i> interne droit privé – droit public	67
A. Les différentes conceptions relatives à la nature de la procédure	67

1. La conception publiciste de la procédure.....	67
2. La conception privatiste de la procédure	69
B. La position adoptée : la procédure comme droit mixte.....	70
§2 : L'influence de la nature mixte de la procédure sur la nature de la règle <i>lex fori regit procesum</i>	73
A. Les natures rejetées	73
1. Les conceptions publicistes de la règle	73
a. Une règle de droit international public	74
b. La stricte territorialité des règles de droit public	77
2. Une loi de police	82
3. Une règle <i>sui generis</i>	83
B. La nature retenue : une règle de conflit de lois	84
1. Les positions doctrinales existantes	85
2. L'analyse de la règle	86
Section 3 : La règle <i>Lex fori regit procesum</i> : les exceptions et limites	89
§1 : Les limites à la loi du for.....	89
§2 : La question de la contractualisation de la procédure	94
A. La contractualisation de la procédure, développement en droit interne.....	94
B. La contractualisation de la procédure, incidence en droit international.....	95
Conclusion du chapitre 1	99
Chapitre 2 La justification du consensus européen : les fondements de la règle <i>lex fori regit procesum</i>	101
Section 1 : Le rejet des fondements traditionnels du principe <i>Lex fori regit procesum</i>	102
§1 : La règle <i>locus regit actum</i>	102
A. Exposé du fondement	102
B. Rejet du fondement	105
§2 : La souveraineté	108
A. Exposé du fondement	109
B. Rejet du fondement	115
§3 : La commodité.....	120
A. Exposé du fondement	120
B. Rejet du fondement	124
Section 2 : La recherche des fondements nouveaux du principe <i>Lex fori regit procesum</i>	129
§1 : Le recours à la notion d' <i>imperium</i>	129
A. La définition de la notion d' <i>imperium</i>	129
B. L' <i>imperium</i> comme fondement de la règle <i>lex fori regit procesum</i>	131
1. La proposition de l' <i>imperium</i> comme fondement de la règle	132
2. Le rejet de l' <i>imperium</i> comme fondement de la règle	133
§2 : Le principe de proximité	134
A. La place de la notion de proximité dans les fondements en droit international privé	134
B. Le principe de proximité comme fondement de la règle <i>lex fori regit procesum</i>	136

§3 : La vocation subsidiaire de la loi du for	141
A. La vocation subsidiaire de la loi du for en droit international privé	141
B. La vocation subsidiaire de la loi du for et la procédure en droit international privé	143
Conclusion du chapitre 2	147
CONCLUSION DU TITRE 1	149
TITRE 2 : L'INSUFFISANCE DE L'ENCADREMENT DE LA RÈGLE DE CONFLIT PAR L'UNION EUROPEENNE	151
Chapitre 1 La résolution européenne de difficultés relatives à la mise en œuvre du principe <i>lex fori regit procesum</i>	153
Section 1 : La survenance de difficultés liées à la méthode conflictuelle	154
§ 1 : L'origine : les difficultés catégorielles	154
A. Les difficultés catégorielles liées à la distinction entre procédure et compétence juridictionnelle	154
1. Les difficultés de différenciation en droit interne	155
2. Les difficultés de différenciation en droit international privé	158
B. Les difficultés catégorielles liées à la distinction entre procédure et droit substantiel	161
§2 : Les conséquences : les difficultés méthodologiques	163
A. Le conflit de catégories et de qualifications et la catégorie « procédure »	163
1. Le conflit de catégories et la catégorie « procédure »	163
2. Le conflit de qualifications et la catégorie « procédure »	165
B. Le renvoi de qualifications et la catégorie « procédure »	169
C. Procédure et conditions de reconnaissance et <i>d'exequatur</i>	174
D. Le risque de <i>forum shopping</i>	175
Section 2 : La résolution des difficultés liées à la méthode conflictuelle	178
§1 : L'action principale sur l'origine : La résolution européenne de difficultés catégorielles	178
A. Les méthodes utilisées pour résoudre les difficultés catégorielles	178
1. L'unification catégorielle européenne	178
2. L'adoption de règles matérielles de procédure	181
B. L'exposé des solutions apportées par l'Union européenne	182
1. Les solutions apportées dans la distinction entre procédure et compétence juridictionnelle en cas de conflit de procédures	182
a. Les méthodes anglo-saxonnes	182
b. Les méthodes continentales	185
2. Les solutions apportées dans la distinction entre procédure et droit substantiel	186
a. Le délai pour agir	187
b. La preuve	191
c. La réparation	195
§2 : L'action subsidiaire sur les conséquences : la résolution européenne des difficultés méthodologiques	197

A.	L'exclusion du renvoi.....	198
B.	La disparition progressive de <i>l'exequatur</i>	198
C.	L'absence de défiance à l'égard du <i>forum shopping</i>	202
Conclusion du chapitre 1		204
Chapitre 2 La persistance européenne de difficultés relatives à la mise en œuvre du principe <i>lex fori regit procesum</i>		205
Section 1 : La persistance de l'existence de difficultés liées à la méthode conflictuelle		206
§ 1 :	L'action en justice	206
A.	L'action en justice, entre procédure et compétence	206
B.	L'action en justice, entre procédure et fond	211
1.	La définition de l'action en justice.....	212
2.	Les conditions subjectives de l'action en justice	213
a.	La qualité.....	214
b.	L'intérêt à agir	215
3.	Les conditions objectives de l'action en justice.....	220
§2 :	Les intérêts moratoires	223
A.	La qualification des intérêts moratoires anté-jugement	225
B.	La qualification des intérêts moratoires post-jugement	228
§3 :	Les difficultés particulières relatives au divorce.....	233
Section 2 : L'insuffisance de la résolution des difficultés liées à la méthode conflictuelle... 237		
§1 :	Les objectifs de l'Union européenne en matière de procédure dans les litiges transfrontaliers.....	237
A.	La référence aux normes procédurales communes dans la politique du conseil européen	237
B.	La référence aux disparités procédurales dans les préambules des règlements européens	240
§2 :	L'insuffisance de la méthode conflictuelle pour réaliser les objectifs de l'Union européenne en matière de procédure dans les litiges transfrontaliers	242
A.	Objectifs de l'Union européenne, méthode conflictuelle et méthode matérielle.	242
B.	Le rôle subsidiaire et nécessaire de la méthode conflictuelle.	244
Conclusion du chapitre 2.....		247
CONCLUSION DU TITRE 2		249
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE		251
 — SECONDE PARTIE — LE TRAITEMENT MATERIEL DE LA PROCEDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN..... 255		
TITRE 1 : LA VOCATION DE L'UNION EUROPEENNE À RÉGIR MATÉRIELLEMENT LA PROCÉDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE		257
Chapitre 1 La légalité de l'action de l'Union européenne.....		259
Section 1 : Le fondement textuel de l'action de l'Union européenne en matière de procédure en droit international privé		260
§1 :	Evolution des fondements possibles de règles européennes de procédure en droit international privé	260

A.	L'évolution des dispositions générales fondant l'adoption de règles de droit international privé.....	260
1.	Les dispositions pertinentes avant le traité d'Amsterdam	261
a.	La voie institutionnelle.....	261
b.	La voie intergouvernementale	263
2.	Les dispositions pertinentes après le traité d'Amsterdam.....	266
B.	L'évolution des dispositions fondant l'adoption de règles procédurales en droit international privé	267
§2 :	Rejet des critiques des fondements possibles de l'adoption de règles européennes de procédure en droit international privé	271
A.	La disparition des objections institutionnelles	271
B.	La question de la portée des dispositions européennes	275
Section 2 :	L'action de l'Union européenne face aux principes européens d'encadrement...	282
§1 :	L'action de l'Union européenne face au principe d'autonomie procédurale	282
A.	Définition du principe d'autonomie procédurale et de ses limites	282
B.	Incompatibilité de l'autonomie procédurale et du rapprochement des procédures transfrontières.....	287
§2 :	L'action de l'Union européenne face aux principes de subsidiarité et de proportionnalité	291
A.	L'adoption de règles matérielles de procédure transfrontière et le principe de subsidiarité	291
1.	Définition du principe de subsidiarité.....	291
2.	L'application de l'article 81§2 f) TFUE face au principe de subsidiarité	293
B.	L'adoption de règles matérielles de procédure transfrontière et le principe de proportionnalité	294
1.	Définition du principe de proportionnalité.....	294
2.	L'application de l'article 81§2 f) TFUE face au principe de proportionnalité	296
Conclusion du Chapitre 1		298
Chapitre 2	La légitimité de l'action de l'Union européenne	299
Section 1 :	La création d'un espace judiciaire européen comme objectif des règles matérielles de procédure	300
§1 :	La définition de l'espace judiciaire européen	300
A.	Les prémisses existantes de la définition de l'espace judiciaire européen.	300
B.	L'élaboration d'une définition.....	304
C.	La construction de l'espace judiciaire européen	307
1.	L'évolution de l'espace judiciaire européen dans les traités institutionnels..	308
2.	Le contenu actuel de l'espace judiciaire européen civil	310
§2 :	L'espace judiciaire européen comme justification à l'adoption de règles matérielles de procédure	312
A.	Libre circulation des décisions, confiance mutuelle et règles procédurales.....	312

B. Marché intérieur commun et règles procédurales	316
Section 2 : l'Union européenne comme source la plus opportune des règles matérielles de procédure	322
Conclusion du Chapitre 2	327
CONCLUSION DU TITRE 1	329
TITRE 2 : LES RÈGLES DE L'UNION EUROPÉENNE POUR RÉGIR MATÉRIELLEMENT LA PROCÉDURE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE	331
Chapitre 1 Le droit positif : les règles procédurales matérielles déjà adoptées	335
Section 1 : Le contenu des règles matérielles procédurales déjà adoptées	336
§1 : Les instruments de coopération judiciaire	336
A. L'obtention des preuves à l'étranger	337
B. La signification et la notification des actes	344
§2 : Les instruments relatifs à un aspect de la procédure	348
A. Le titre exécutoire européen pour les créances incontestées	349
B. La médiation	354
C. L'action collective	357
D. L'office du juge et la compétence	359
E. La résolution des conflits de procédures	361
1. La résolution européenne des conflits de procédures	361
2. Les définitions européennes dans le cadre des conflits de procédures	364
§3 : Les instruments portant création d'une procédure uniforme spécifique	369
A. L'injonction de payer européenne	369
B. La procédure européenne de règlement des petits litiges	373
Section 2 : L'efficacité des règles matérielles procédurales déjà adoptées	377
§1 : Les facteurs d'inefficacité des règles matérielles procédurales européennes	377
A. Le problème des notions autonomes	377
B. Le problème de la cohérence	379
§2 : les facteurs d'efficacité des règles matérielles procédurales européennes	382
A. Le travail d'évaluation et de refonte des instruments	382
B. Le renvoi préjudiciel obligatoire et l'interprétation uniforme de la Cour de justice	383
Conclusion du chapitre 1	387
Chapitre 2 Le droit prospectif : les règles procédurales matérielles à adopter	389
Section 1 : La forme des règles à adopter	390
§1 : La question d'une codification européenne du droit international privé	390
A. La nécessité d'une codification	390
B. La forme de la codification	393
C. La place de la procédure dans la codification	396
§2 : La nature des actes à adopter	397
Section 2 : Le fond des règles à adopter	402
§1 : le régime procédural des exceptions de procédure	403
§2 : L'action en justice	405
A. L'intérêt à agir	405

1. L'intérêt né et actuel	406
2. L'action de groupe	411
B. L'autorité de chose jugée et la question de la concentration des moyens et des demandes	424
C. L'abus du droit d'agir.....	430
§3 : L'instance.....	434
A. L'introduction de l'instance	434
B. La détermination de la loi applicable	436
1. La détermination de la loi applicable par les parties.....	437
2. La détermination de la règle applicable par le juge	441
C. La preuve des éléments de fait	452
D. Les pouvoirs du juge	457
Conclusion du chapitre 2.....	463
CONCLUSION DU TITRE 2.....	465
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	467
— CONCLUSION GENERALE —	471
— BIBLIOGRAPHIE —	475
— INDEX —	525
— TABLE DES MATIERES —	531

Audrey DAMIENS

La procédure en droit international privé (Recherche en droit de l'Union européenne)

Résumé : La question de la procédure en droit international privé paraît de prime abord simple à résoudre tant la compétence de la loi du for est empreinte d'évidence. C'est sous l'angle des méthodes du droit international privé – et particulièrement la méthode conflictuelle et la méthode des règles matérielles – dans le cadre de l'action de l'Union européenne que la réflexion a été développée. La place de cette dernière dans les sources des deux premières justifie cette position. L'évidence de la règle énoncée ci-dessus s'est rapidement fait ressentir. Elle a pu faire douter de la pertinence du recours à la méthode conflictuelle pour résoudre les difficultés que l'institution régionale entend annihiler dans les litiges comportant un élément d'extranéité. Mais les difficultés de définition de la catégorie procédure retiennent tout aussi rapidement l'attention. Il apparaît ainsi un premier champ d'action de l'Union, déjà exploré certes, mais devant être complété. Toutefois, l'édification de l'espace judiciaire européen – car là est l'objectif poursuivi – semble nécessiter, de l'aveu même des autorités européennes, d'endiguer les disparités procédurales. Ce sont les règles matérielles elles-mêmes qui paraissent, souvent, poser question dans les litiges transfrontières en rendant difficile, notamment, la libre circulation des décisions. C'est donc vers cette seconde méthode du droit international privé que l'Union européenne a dû se tourner. La vocation à agir de l'Union ayant été établie, et un rapide état des lieux de l'acquis ayant été dressé, il a pu être recherché les règles matérielles qui semblaient nécessaires. Au-delà de celles-ci, la méthode conflictuelle assure la complétude du système.

Mots clés : procédure, droit international privé, Union européenne, droit judiciaire européen, règle de conflit, règles matérielles

Procedure in private international law (European union law research)

Summary : The issue of procedure in private international law seems simple, at first glance, to solve as the jurisdiction of the law of the forum is imbued with evidence. This is from the perspective of private international law methods - especially the conflict method and method of the substantive rules - as part of the action of the European Union that reflection has been developed. The position of the last in the first two sources justifies this position. The evidence of the rule above quickly felt. It conducts to doubt the relevance of the use of conflict method to solve the difficulties that regional institution intends to annihilate in disputes involving a foreign element. But the difficulties of definition of the category procedure quickly hold the attention also. It thus appears a first field of action of the Union, already explored, but must be completed. However, the construction of the European judicial area – because there is the objective - seems to require, by the admission of the European authorities, contain procedural disparities. These are the substantive rules themselves that appear often ask questions in cross-border disputes by making it difficult in particular the free movement of judgments. So it is to this second method of private international law that the European Union had to turn. The vocation of the Union to act having been established, and a quick inventory of the achievement have been drawn up, it could be sought substantive rules that seemed necessary. Beyond these, the conflict method ensures the completeness of the system.

Keywords : procedure, private international law, European Union, European judicial law, conflict rule, substantive rules



CRJ Pothier – EA1212
Rue de Blois – BP 26739
45067 ORLEANS Cedex 2

